J. rom. c. 300 da

Sintenis

Fahler

CIVILRECHT VON SINTENIS.

DAS

PRACTISCHE GEMEINE

CIVILRECHT.

VON

DR. CARL FRIEDR. FERDINAND SINTENIS,

HERZOGLICH ANHALTISCHEM OBERLANDESGERICHTSPRÄSIDENTEN, GEWESENEM ORDENTLICHEN PROFESSOR DER RECHTE ZU GIESSEN.

ZWEITER BAND.

DAS OBLIGATIONENRECHT.

ZWEITE VERBESSERTE AUFLAGE.

VERLAG VON BERNHARD TAUCHNITZ

LEIPZIG 1861.

323 - D.

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS.

INHALTSÜBERSICHT.

VIERTES BUCH.
Das Obligationenrecht.

ERSTES KAPITEL.
Wesen und Inhalt der Obligationen.

		Seite
§. 82.	Deren Begriff und Wesen überhaupt und damit zusammenhängende Verschiedenheiten.	
	I. Einleitung	1
	II. A. Civil- und Naturalobligationen	5
	B. Einseitige und gegenseitige	17
§. 83.	Vom Gegenstand der Obligationen überhaupt und deren Verschiedenheiten danach	19
	Nothwendiger Vermögenswerth desselben für den Gläubiger	21
	Mögliche, unmögliche Handlungen	22
	Handlungen Dritter und zu Gunsten Dritter	25
	Bestimmte, unbestimmte Handlungen	26
§. 84.	Fortsetzung.	
	I. Einfache, mehrfache Handlungen	36
	II. Principale, accessorische Obligationen	38
	III. Untheilbare, theilbare	40
§. 85.	Von einigen einzelnen Gegenständen der Leistungen aus Obligationen im Besonderen. A. Vom Gelde	56
§. 86.	B. Von dem Interesse.	
	I. Begriff	67
	II. Feststellung, A. Absoluter Werth	68
	B. Relativer Werth	69
	a) Im Allgemeinen	70
	b) Durch Würderungseid	80
§. 87.	C. Von den Zinsen.	
	I. Begriff	91
	II. Obligationen dazu, a) Rechtsgeschäft	94
	b) Gesetzliche Vorschrift	96
	III. Zinsbeschränkungen, A. Zinsfuss	100
	B. Nicht *ultra sortis summam*	102
	C. *Anatocismus*	103
§. 88.	D. Von Strafen	108
	I. Strafklagen	109
	II. Gesetzliche nachtheilige Folgen unter Umständen	109
	III. Durch Willkühr angeordnete	109
§. 89.	Von der Stellung der Subjekte in den Obligationen.	
	I. Allgemeine Grundsätze	120
	II. Bezug auf Mehrere, A. *Pro parte*	121
	B. Mehrmalige Leistung desselben Objekts	122
	C. Solidar- oder Korrealobligationen; deren Natur	122
	Entstehungsarten	135
	Ausübung	139
§. 90.	Erfüllung der Obligationen	148
	I. Leistung der *aestimatio*	149
	II. *In solutum datio*	150

Seite

§. 91. Zeit der Erfüllung; beschränkende Befugnisse des Schuldners in dieser Hinsicht.
I. Im Allgemeinen 151
II. Besonderes:
A. Erzwungene Stundung 157
B. *Cessio bonorum* 159
C. Rechtswohlthat der Kompetenz 160
D. Retentionsrecht 166

§. 92. Ort der Erfüllung 173
a. Wenn nichts darüber bestimmt ist 174
b. Wenn er bestimmt ist 175

§. 93. Vom Ausbleiben fälliger Leistungen und dem Verzug.
Einleitung 177
I. Nichterfüllung; 1. deren Folgen, ... 180
2. Wenn die Veranlassung dazu vom Gläubiger ausgeht, ... 185
3. Rechtsmittel deshalb 186
II. Verzug 186
A. Des Schuldners 186
1. Wirkungen, 1) *omnis caussa* 187
2) *Perpetuatio obligationis* 193
3) Willkührlich festgesetzte 194
2. Gründe 194
a. Mahnung 196
b. *Ex re* 202
3. Besondere Regeln 206
4. Ausschluss der Wirkungen 207
5. Einfluss auf Dritte 208
B. Verzug des Gläubigers 210
1. Wirkungen 211
2. Gründe 214
a. Angebot; aa. 1) Art des Angebots 217
2) An die rechte Person 217
3) Der ganzen Leistung 217
4) Zeit und Ort 218
bb. Verhalten des Gläubigers 218
b. Ohne Angebot 218
C. *Purgatio morae* 219
a. Zu Gunsten des Schuldners 220
b. Zu Gunsten des Gläubigers 221

§. 94. Mangel der zeitigen Möglichkeit der Erfüllung, besonders wegen Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens.
I. Konkurs der Gläubiger; 222
Vorzugsrechte (*privilegia exigendi*) der Forderungen 224
II. Konkurs mehrerer gleichzeitig nicht möglicher Leistungen 229

ZWEITES KAPITEL.

Entstehung der Obligationen.

§. 95. Von den Entstehungsgründen der Obligationen überhaupt . . . 232

§. 96. A. Von den Verträgen als Entstehungsgründen der Obligationen.
I. Allgemeine Regeln 234
Im Besonderen:
1. Einleitende Verhandlungen — durch Briefe und Boten 244
Traktaten 249
Punktationen 250
Das Stadium der Verhandlung in Ansehung seiner Wirkungen . . 250
2. Versteigerungen 252
3. Realverträge 257
4. *Caussa* der Verträge 257
Querela non numeratae pecuniae 264
Sog. *cautio discreta* und *indiscreta* 273
II. Versprechen ohne Annahme auf Seiten des Gläubigers (Pollicitation, Gelübde, Versprechen einer Mitgift, Auslobung) 276

Seite

§. 97. Inhalt der Verträge 278
I. Allgemeine Regeln 279
1. Bedingungen 280
2. Zeitbestimmungen 283
3. Zweck 284
II. Gegenseitige Verträge 285
III. Glücksverträge 292
IV. Eintheilung der Verträge je nach ihrem Inhalt 295

§. 98. Von der zum Abschluss eines Vertrags erforderlichen Willenserklärung und Willensbestimmung.
I. Allgemeine Regeln über die erste 296
II. Desgleichen über die zweite. (a. Zwang, b. Arglist, c. Irrthum.) . . 296
III. Auslegung der Verträge 304

§. 99. Bestärkungsmittel der Verträge 305
I. Eid 306
II. Arrha 307
III. Constitutum 310

§. 100. B. Von den verbotenen Handlungen und C. von den Zuständen als Entstehungsgründen von Obligationen 314 und 322

§. 101. Modifikationen des Inhalts der Obligationen.
Einleitung 322
I. Durch Vertrag 322
1. Reuvertrag 323
2. *In diem addictio* 325
3. Der kommissorische Vertrag 327
II. *Culpa* 331
III. Strafe des Leugnens und der Verweigerung 343
IV. Erweiterung der Obligationen durch Zufall 348

§. 102. Betheiligung dritter Personen bei Obligationen.
Allgemeine Grundsätze 352
I. Entstehung von Obligationen für Dritte 358
A. Durch Verträge. 1. Erwerb von Forderungen 358
a) Durch Stellvertretung 361
Kraft Auftrags 362
Andere Fälle 364
b) Durch Kinder in väterlicher Gewalt 367
2. Begründung von Verpflichtungen. a) Durch Stellvertretung, kraft Auftrags 368
Andere Fälle 375
b) Durch Kinder in väterlicher Gewalt 378
B. Aus unerlaubten Handlungen, eigenen 383
Dritter 385
II. Uebergang der Obligationen auf andere Personen. Allgemeine Grundsätze 385
A. Eintritt dritter Personen an Stelle des Gläubigers oder Schuldners . 389
B. Uebergang der Obligationen durch Vererbung 391

DRITTES KAPITEL.
Aufhebung der Obligationen.

§. 103. Von der Aufhebung der Obligationen im Allgemeinen und I. im Besonderen von den in der Natur der Obligationen gelegenen Gründen der Aufhebung. A. Zahlung.
Einleitung 392
1. Wirkung der Zahlung 394
2. Voraussetzungen der dazu erforderlichen Handlung; 1) die Person des Zahlenden 404
2) Die darin liegende Veräusserung 405
3) Zahlung an die rechte Person 406
3. Gerichtliche Niederlegung 412
4. Beweis 413

§. 104. B. Kompensation oder Gegenrechnung.
I. Durch Uebereinkunft 417

Seite

II. Ohne solche 418
a. Erfordernisse dieser; 1, eigene Forderung 419
Besondere Bestimmungen, Ausnahmen 420
2. Deren Eigenschaften 424
b. Wirksamkeit 439

§. 105. C. Novation und Schuldverwandlung 445
a. Novation 446
I. Wirkungen; 450
1. Die bestehende Obligation 451
2. Die neue Obligation 452
3. Persönliche Fähigkeit zum Noviren 453
4. Absicht dazu 455
II. Durch Personenwechsel. 1. Eintritt eines neuen Schuldners . 457
2. Einfache und zwiefache Delegation 458
b. Schuldverwandlung 460

§. 106. Die übrigen in der allgemeinen Natur der Obligationen gelegenen Gründe ihrer Aufhebung.
D. Wegfall eines Subjekts der Obligation 460
E. Eintretende Unmöglichkeit der Leistung 464
Tragung der Gefahr 472
Bei alternativen und generischen Leistungen im Besonderen . . 474
F. Wegfall des Interesses 477
G. *Contrarius Consensus* 477
H. Abhängigkeit einer Obligation von der anderen 479

§. 107. II. Gründe anderer Art.
A. Erlass der Schuld 479
B. Vergleich 483
a. Erfordernisse 484
b. Wirkungen 488
C. Schiedseid 489
D. Schiedsrichterliche Entscheidung 492
E. Verwirkung einer Forderung zur Strafe 500
F. *Concursus duar. lucrativ. caussarum* 500

VIERTES KAPITEL.

Die einzelnen Arten der Obligationen.

ERSTE ABTHEILUNG.

Obligationen aus Verträgen und ihnen ähnlichen Verhältnissen.

A. Aus rein einseitigen.

§. 108. Das Darlehn.
Einleitung 504
Das Darlehn; Begriff, Voraussetzungen, Eigenthümlichkeiten und Folgen desselben 505
Sctum Macedonianum 507
Seedarlehn 516

§. 109. Das Haben ohne Grund.
Allgemeine Gesichtspunkte 517
Die einzelnen Fälle nach ihren thatsächlichen Veranlassungen. . . 523
I. Obligationen dieser Art neben anderen Obligationen aus Verträgen . 523
II. Obligationen aus einem *dare sine caussa*, überhaupt . . . 524
A. Gestaltungen und Möglichkeiten derselben (*sine caussa*, *ex indebito soluto*, *caussa data non secuta*, *ex turpi caussa*) 524
B. Inhalt dieser Obligationen 535
C. Subjektive Beziehungen dieser Obligationen 538
III. Obligationen aus anderen Handlungen und zufälligen Ereignissen . 539
IV. Obligationen aus Delikten 542

§. 110. Das Schenkungsversprechen 545

B. Obligationen aus einseitigen Verträgen und ähnlichen Verhältnissen mit zufällig möglichen Gegenforderungen des Schuldners.

§. 111. Das Kommodat und das Precarium.
I. Das Kommodat 547
II. Das Precarium 551

Seite

§. 112. Das Depositum.
Im Allgemeinen 556
a. Das irreguläre Depositum 559
b. Die Sequestration 560

§. 113. Das Mandat.
I. Wesentliche Voraussetzungen 561
II. Wirkungen und Folgen 574
III. Ende 579
IV. Die Assignation 580

§. 114. Die auftragslose Geschäftsbesorgung.
I. Voraussetzungen zu diesem Begriff 583
II. Folgen 588

C. Obligationen aus gegenseitigen Verträgen und ähnlichen Verhältnissen.

§. 115. Der Tauschkontrakt 590

§. 116. Der Kaufkontrakt.
I. Dessen Perfektion 594
II. Persönliche Befähigung zum Kaufkontrakt 596
III. Wesentliche Bestandtheile 598
1. Der Gegenstand des Kaufs 598
2. Der Preis 600
IV. Die obligatorischen Wirkungen 602
A. Verpflichtungen des Käufers, 1. zur Zahlung des Preises . . 602
2. Zur zeitigen Abnahme des Gegenstands 603
B. Verpflichtungen des Verkäufers, a. Uebergabe des Gegenstands . 604
b. Einstehen für Fehlerlosigkeit 607
Verschiedenartige Ansprüche daher 610
c. Für Entwährung 622
V. Besondere Wiederaufhebungsgründe 635
VI. Nebenverträge 637
Im Besonderen: der Wiederverkauf 637
Der Vorkauf 639

§. 117. Dem Kauf verwandte Geschäfte; der Trödelkontrakt. . . . 641

§. 118. Der Pacht- oder Miethkontrakt.
Einleitung und Charakteristik desselben 644
A. Pacht oder Miethe von Sachen und Rechten; 1. Gegenstand . 651
2. Verhältniss zwischen den Kontrahenten; a. der Verpächter . 652
b. Der Pächter 657
3. Beendigung 663
B. a. Dienstmiethe 668
b. Verdingung 669
Anhang. Tragung der Gefahr bei einem verdungenen Transport zu Wasser 674

§. 119. Die Dienstleistung.
I. Mit ausgemachtem Lohn 679
II. Dienstleistung ohne Beabredung eines Lohns 683

§. 120. Die eigenthümliche Verantwortlichkeit der Gast- und Stallwirthe und Schiffsführer aus der Aufnahme Reisender für deren eingebrachte Sachen. 685

§. 121. Der Gesellschaftskontrakt 694
I. Zweck 695
II. Errichtung 701
III. Gegenseitiges Verhältniss der Kontrahenten; 702
1. in Ansehung der Leistungen 702
2. Des Erwerbs 703
3. Des Antheils an Gewinn und Verlust 704
4. Veräusserung des Antheils an gemeinschaftlichen Gegenständen . 706
5. Bei Beendigung der Gesellschaft 706
IV. Verhältniss der Gesellschafter zu Dritten 707
V. Beendigungsgründe 710

§. 122. Die Gemeinschaft und die Grenzverwirrung . . . 712 und 722

§. 123. Spiel und Wette 724 und 726

Seite

ZWEITE ABTHEILUNG.

Obligationen aus verbotenen Handlungen.

§. 124. A. Obligationen aus Handlungen, welche immer Dolus voraussetzen. 727
I. Dieberei 728
II. Dolus im engeren Sinn 730
Besondere Gestaltungen 732
III. Gewaltsame widerrechtliche Handlungen 738
1. Beraubung 738
2. Widerrechliche Besitzentsetzung 739
3. Gewalt durch Drohung 743
4. Ungehorsam gegen gewisse richterliche provisorische Verfügungen in Anwendung auf Grundstücke 745
VI. Injurien 754

§. 125. B. Obligationen aus Handlungen, zu deren Entstehung Absichtlichkeit der Beschädigung nicht erforderlich ist.
I. Zufügung widerrechtlichen Schadens 760
II. Verpflichtung zum Schadensersatz aus einigen besonderen Ursachen . 764
III. Versehen des Richters 766

DRITTE ABTHEILUNG.

Obligationen aus zufälligen Umständen.

§. 126. Obligationen aus Beziehungen gewisser Personen zu einander.
I. Verpflichtung zur Bestattung einer Leiche 784
II. Andere Verpflichtungen solchen Ursprungs 786

§. 127. Obligationen bezüglich gewisser im Eigenthum oder im Besitz Anderer befindlichen Sachen.
I. Obligation zum Vorzeigen einer Sache 786
II. Von Thieren angerichteter Schade 791
III. Sicherung wegen drohenden Schadens 794

FÜNFTES KAPITEL.

Die Uebertragung der Forderungen auf andere und die Uebernahme der Verpflichtungen anderer Personen.

§. 128. Die Cession.
I. Begriff 790
II. Entstehung 792
a. In Folge Vertrags 793
b. In Folge gesetzlicher Vorschrift 794
III. Cessibilität der Forderungen 797
Beschränkungen 799
IV. Wirkungen der Cession, A. zwischen dem Cedenten und dem Cessionar 808
B. Zwischen dem Cedenten und dem abgetretenen Schuldner . . 810
C. Zwischen dem Cessionar und dem Schuldner 813

§. 129. Die Intercession.
I. Begriff 818
II. Wirkung 821
III. Formen der Intercession 822
A. Privative oder principale 823
B. Kumulative oder accessorische Intercession 824
Die Verbürgung im Besonderen 826
IV. A. Die Intercessionen der Frauen 836
B. Der Ehefrauen für ihre Ehemänner 844

VIERTES BUCH.

Das Obligationenrecht.

ERSTES KAPITEL.

Wesen und Inhalt der Obligationen.

§. 82.

Deren Begriff und Wesen überhaupt und damit zusammenhängende Verschiedenheiten.

I. Das Obligationenrecht enthält die Normen für die rechtlich möglichen Beziehungen zweier bestimmter Personen zu einander, wonach eine oder jede der anderen etwas zu geben oder zu leisten, also zu einer Handlung verpflichtet ist. Ein solches Rechtsverhältniss nämlich, vermöge dessen der Wille einer Person einer anderen in sofern unterworfen ist, heisst Obligation[1], und der, welcher die Handlung zu fordern berechtigt ist, heisst der Gläubiger (*creditor*)[2], sein Recht heisst

[1] pr. *I. de Obligat.* fr. 3. pr. *de O. et A.* Das lateinische Wort *obligatio* hat in der Sprache der Quellen eine mehrfache Bedeutung, es kommt vor 1) für die Thatsache, wodurch das Rechtsverhältniss entsteht, s. z. B. fr. 53. pr. *eod.* fr. 19. *de V. S.;* 2) für dieses letztere s. die z. A. cit. Stellen; 3) für die Verpflichtung des Schuldners, s. z. B. fr. 36. *de R. C.* fr. 18. §. 1. fr. 31. §. 3. *de Mortis cssa donat.;* 4) für das Recht des Gläubigers, s. z. B. §. 4. *I. de Inutil. obl.* fr. 2. §. 5. *de R. C.* und zwar vorzugsweise ein klagbares (civiles), s. pr. *I. d.*; 5) für die darüber aufgenommene Urkunde, s. z. B. c. 7. *de Non num. pecun.* 6) ferner für Verpfändung, z. B. fr. 28. §. 1. *ad Sct. Vellej.* und Pfandrecht, z. B. fr. 3. *Quod jussu.* vgl. §. 67. Anm.[2]; 7) endlich wird *obl.* auch auf Sachen bezogen, *quae in obl. sunt*, s. z. B. fr. 112. pr. *de V. O.* Vergl. Hugo in s. Magaz. Bd. I. Nr. 9. Bd. III. Nr. 20. u. Riedel das. Bd. V. Nr. 3. Da der deutsche Ausdruck Verbindlichkeit nur die passive Seite der *obligatio* bedeutet, so ist er unbrauchbar. Unterholzner in s. hinterl. Werke: Lehre von den Schuldverhältnissen, hat diesen letzteren dafür angenommen, welcher jedoch wegen seiner Unbequemlichkeit bei konsequenter Durchführung allein schon schwerlich Annahme finden wird. Ueber die neuere Dogmengeschichte des Begriffs der Obl. s. J. E. Kuntze die Obl. u. die Singularsuccess. des röm. u. heut. R., Lpzg. 1856, S. 1 ff. u. dort auch die Widerlegung des Angriffs von Brinz Krit. Bl. Nr. 2. S. 3—11, 1853., jedoch auch die Rec. der ersteren Schrift von Dworzak in d. Münch. Krit. Ueberschau, Bd. IV. S. 51 ff.

[2] Fr. 11. 12. pr. *de V. S.* Nach fr. 10. *eod.* u. fr. 42. §. 1. *de O. et A.* heisst im R. R. nur der Inhaber klagbarer (civiler, vergl. Anm. [1] Nr. 4.) Forderungen *creditor*, *quod si natura debetur*, *non sunt loco creditorum;* ebenso äussern sich fr. 108. 178. §. 3. *eod.* über den *debitor*. Vergl. fr. 16. §. 4. *de Fidejuss.* Doch ist dieses nur eine isolirte sprachliche Erscheinung. Der deutsche Ausdruck Gläubiger entspricht dem römischen durchaus. Dieser scheint von dem Fall seinen Ausgang genommen zu haben, wenn der Gläubiger aus seinem Vermögen dem Schuldner etwas nur gegen die Zusage einer Rückleistung übereignet, und ihm also darin traut, glaubt,

eine Forderung, und der, wider welchen es gerichtet ist, der Schuldner (*debitor*). Der Kreis dieser Verhältnisse und die Natur dieser Handlungen ist durch die Existenz der auf sie bezüglichen Rechtssätze bestimmt, und wo es an solchen fehlt, ist das Verhältniss zweier Personen zu einander kein rechtliches und die Handlung kann nicht gefordert werden[3]. Dagegen ist andererseits die Möglichkeit der einzelnen Gestaltungen dieser Verhältnisse, welche in einer fortwährenden Entwickelung begriffen sind, in sofern nicht beschränkt, als nur eine gewisse, allerdings die häufigsten und gewöhnlichsten umfassende Zahl eine solche Berücksichtigung im Recht gefunden hat, dass sie als allseitig bestimmte Institute und besondere Obligationsarten bestehen und ausgebildet sind, während die Frage, ob ausser ihnen andere Verhältnisse als rechtliche zu betrachten seien, theils aus der Analogie jener, soweit deren Anwendung durch Zweck und Inhalt der letzteren möglich wird, theils lediglich nach den allgemeinen Voraussetzungen der Obligationen, namentlich rücksichtlich der Formen ihrer Entstehung und ihres Inhalts, zu beantworten, und dadurch im Recht selbst die Bildung neuer Obligationsarten als möglich anerkannt ist[4a]. Für den Inhalt der Handlungen, welche Gegenstand irgend einer Obligation werden sollen, ist es im Allgemeinen nothwendig, dass sie für den Gläubiger einen Vermögenswerth haben[4b], d. h. einen solchen, der sich nach Geld, als dem allgemeinen

(fr. 11. *d. v. non hi tantum etc.* vergl. fr. 1. pr. 2. §. 3. 5. *de R. C.*), übrigens erklärt schon *Non. Marcell. de propr. sermon.* c. 4. *credere* ganz allgemein als *fidem habere dictis vel factis.* — Wenn in fr. 55. *de V. S. coll.* fr. 13. *de R. J.* für den Begriff *creditor* sogar erfordert wird, dass er auch nicht durch eine *exc. perpetua* zurückgewiesen werden könne, und nach fr. 66. *de R. J.* u. fr. 108. *de V. S.* der nicht *debitor* ist oder es zu sein aufhört, wem eine solche zuständig ist, so kann das nur unter Hinsicht auf den Erfolg verstanden werden, dass die *exc.* durchgesetzt werde. Die blosse Möglichkeit dieses Erfolgs ändert an sich an dem bestehenden Verhältniss nichts, also auch nicht an den danach begründeten Begriffen.

[3] §. 1. *I. de Oblig.* (*v. secund. nostrae civitat. jura*), vergl. folg. §. unter 2) b.

[4a] S. auch schon fr. 1. pr. 3. 4. *de Praescr. verb.* Früher hat man Fälle der Art wohl unter die sog. Innominatkontrakte gestellt und danach beurtheilen wollen, was auf einem Verkennen der Natur dieser beruht und zu ganz verkehrten Resultaten führen musste; vergl. §. 96.[2].

[4b] Fr. 9. §. 2. *de Statu lib.* Daher gehören Forderungen zu dem Vermögen, *bonis*, des Gläubigers, fr. 49. *de V. S.* Umgekehrt müssen also zwar Schulden das Vermögen des Schuldners vermindern, und eine Ueberschuldung muss es ganz absorbiren, nur ist das nicht so zu verstehen, als wenn jede wirklich geleistet werdende Handlung die materielle Vermögensmasse des Schuldners verringerte, indem viele ohne allen Aufwand daraus möglich sind. Allerdings lässt sich der Begriff des Vermögens abstrakter und absoluter auffassen, nämlich als rechtliche Macht einer Person nach aussen, also über Sachen und Handlungen Anderer (Obligationen), und da muss denn nothwendig der Erweiterung dieser Macht in Ansehung der letzteren auf der einen Seite eine Verminderung der Freiheit auf der anderen entsprechen (vgl. Savigny Syst. Bd. I. S. 339. 376. Puchta Lehrb. d. Pand. 2. Aufl. §. 34. 219.), es scheint mir jedoch der dabei angenommene Standpunkt von überwiegend didaktisch-analytischer und mehr kontemplativer Natur, kein doktrinell-nothwendiger. Letztere Eigenschaft würde er wenigstens nur dann annehmen, wenn es auf die Entwickelung des Rechtssystems selbst abgesehen ist, und man dabei auf die zwei Theile, das Vermögensrecht und das Familienrecht hinauskommt. Diese schien mir in einem Buch von dem Charakter und der Tendenz des vorliegenden nicht an ihrem Platz, obwohl seiner Anlage eine solche nicht fehlt (vergl. d. Vorr. zur 1. Ausg. S. IX.), ohne eine solche aber eine ausdrückliche Gegenüberstellung jener beiden Rechtsmassen als eine fundamentale um so mehr vermieden werden zu müssen, als die zweite der ersten in sehr wichtigen Beziehungen nicht gleichgestellt werden kann, s. Savigny a. a. O. S. 342 ff. u. Sintenis in d. Ztschrft. Bd. XIX. S. 65 ff., vielmehr die Familienverhältnisse fast nur um der vermögensrechtlichen Beziehungen wegen rechtlich bestimmt sind (das. S. 68 f.). Wegen der Rubrik

Mittel, die Summe des Inhalts der Privatrechte zu bestimmen (s. §. 85.), messen lässt. Im Besonderen lässt sich bei der unendlichen Mannigfaltigkeit derselben ihr möglicher Inhalt nicht übersehen, indessen ist er nicht nur nach verschiedenen Richtungen hin rechtlich näher bestimmt (s. §. 83.), und es sind dadurch allgemeine Voraussetzungen der Obligationen gegeben, sondern für deren Wesen gegenüber den Sachenrechten, und also zur näheren Einsicht in ihren Begriff, ist namentlich noch der Inhalt der Handlungen von Interesse, durch welche Sachenrechte vermittelt und übertragen werden sollen [5]. Zwar findet jede Obligation zuletzt in dem Vermögen des Schuldners in sofern die Verwirklichung ihres Gegenstands für den Gläubiger, dass, wenn die Erfüllung, die Handlung selbst, unterbleibt und die Forderung mittelst rechtlicher Hülfe durchgesetzt und exequirt wird, ihr Werth aus Sachen des Schuldners entnommen werden muss, wobei dergleichen für diesen immer verloren gehen, und wenn sie in Gelde bestehen, auch durch den Richter auf den Gläubiger zur Befriedigung übertragen werden (s. §. 90. z. A. und §. 87. z. A.), indessen ist dieses nicht der ursprüngliche und eigentliche Zweck jeder Obligation. Dagegen aber ist er es allerdings für viele Obligationen, namentlich der vertragsmässig begründeten, welche die Hauptmasse der Rechtsgeschäfte bilden. Für die allgemeine Natur derselben ist dies gleichgültig; es wird dadurch weder eine Modifikation der Obligationen herbeigeführt, noch werden die Grenzen und Unterscheidungsmerkmale zwischen ihnen und den Sachenrechten dadurch verwischt oder verschoben. Um aber diese hier sicher zu erkennen, sind folgende Verschiedenheiten zu beachten. In der Regel ist, wie eine Vergleichung der Erwerbarten der einzelnen Sachenrechte ergiebt, dazu ein von der Obligation verschiedener Akt, die Uebergabe und Besitzergreifung erforderlich; dieser ist dann der Inhalt der Handlung, welche kraft jener gefordert werden kann. Ausnahmsweise aber kommen, wie ebenfalls bei dem Erwerb der einzelnen Sachenrechte berührt worden, (s. namentlich §. 64. Anm. [15], und §. 71. vergl. mit §. 67. Anm. [2] Nr. 3)) Fälle vor, in denen ein solcher Akt nicht erforderlich, sondern die Bestellung des Sachenrechts mit der Vollendung des darauf abzweckenden Vertrags, also gleichzeitig mit der Obligation selbst geschehen ist. Auch hier besteht zwar das obligatorische Element des Geschäfts für sich, nur kann dasselbe blos rücksichtlich der Grundlage des letzteren Bedeutung erhalten, nicht aber, wenn es darauf ankommt, die Forderung aus der Obligation, sondern das unmittelbar durch den Vertrag begründete Sachenrecht geltend gemacht werden; denn durch die Existenz des letzteren ist jener schon genügt. Vorausgesetzt ist natürlich, dass die Obligation wirklich dessen Bestellung zum Gegenstand hatte, nicht blos die Zusage derselben für einen erst noch kom-

des Familienrechts für das fünfte Buch s. übrigens das. die erste Anm. Ich habe daher geglaubt, mich namentlich für den Allgemeinen Theil mit dem aus dem gemeinen Leben hinlänglich bekannten Begriff des Vermögens begnügen zu können, dessen praktischen Inhalt dann die sämmtlichen einzelnen Rechtsinstitute näher ergeben, und es wird nur für das Erbrecht, wo das Vermögen vorzugsweise als Einheit und als Quantität in Betracht kommt, eine nähere Bestimmung desselben nöthig sein. — Vgl. Brinz Pand. Abth. 2. S. 654 ff. gegen den Puchta'schen Begriff von Vermögen, und dessen Anwendung davon.

[5] Ueber den Gegensatz der Obligationen und der Sachenrechte s. §. 11.; aus der bestimmten Zahl der Sachenrechte (§. 37.) folgt, dass durch Obligationen nicht willkührlich neue dem Recht unbekannte geschaffen werden können, sondern die von jenen abweichenden Verhältnisse behalten den obligatorischen Charakter unwandelbar, wie gross auch oft die Aehnlichkeit, z. B. zwischen blossem Pacht und Emphyteuse, sein und u. U. die Auslegung und Auffassung derartiger Rechtsverhältnisse zu Zweifel und Streit Veranlassung geben kann.

menden Zeitpunkt, also nur die Handlung des künftigen Abschlusses einer Obligation jener Art. (Vergl. §. 96. I. 1.)

Eine anderweite Beziehung der Obligationen zu Sachenrechten besteht darin, dass jene keineswegs als nothwendig isolirt zu denken sind, sondern für und wider solche Personen entstehen können, zwischen denen und weil zwischen ihnen gleichzeitig Sachenrechte zur Sprache kommen, wodurch zugleich die unerlässliche Bestimmtheit der Personen des Gläubigers und des Schuldners hergestellt wird. Es haben also die Rechtsverhältnisse dann eine doppelte Seite, eine sachenrechtliche und eine obligationenrechtliche; die letztere ist jedoch dabei von untergeordneter Bedeutung, weil die Thatsachen, welche sie bilden, nur gelegentlich und zufällig, nicht nothwendig eintreten, und deshalb hat von der Möglichkeit und Natur obligatorischer Verhältnisse dieser Art bei den einzelnen Instituten des Sachenrechts gehandelt werden müssen. (Vergl. §. 29. Anm. [5] und §. 37. a. E.) — Es gehört hierher auch noch die Bemerkung, dass Sachenrechte im Erfolg ihrer Durchsetzung mit dem der Obligationen dann auf Eins hinauskommen, wenn die Sache nicht mehr vorhanden und der Fall von der Art ist, dass anstatt derselben ihr Werth zu leisten ist (s. §. 52. I. 2. z. A. und 4.). Ist dies von vornherein klar, m. a. W. also nur eine bestimmte Person vorhanden, gegen welche als fictus possessor das Sachenrecht geltend gemacht werden kann, so ist das ganze Rechtsverhältniss von wesentlich obligatorischer Natur.

Eine wesentliche Eigenthümlichkeit der Obligationen und zugleich eine Verschiedenheit derselben von anderen Rechtsverhältnissen besteht endlich darin, dass, während die letzteren in der Regel in sofern von immerwährender oder wenigstens unbestimmter Dauer sind, als es bei deren Begründung nicht schon auf ein künftiges Erlöschen abgesehen ist, dieses vielmehr entweder gar nicht beabsichtigt, oder stillschweigend der künftigen Gestaltung der Dinge und dem Einfluss von Rechtsnormen auf sie überlassen ist, die Obligationen regelmässig nur als vorübergehende Erscheinungen eintreten, auf deren Ende mittelst Leistung der schuldigen Handlung es von vornherein allemal abgesehen ist[6]. (Vergl. §. 27. z. A.) Während also dort bei thatsächlicher Anerkennung das Recht fortbesteht, erlischt es hier durch dieselbe und deshalb ist der in diesem Erlöschen enthaltene Begriff der Erfüllung von ganz besonderer Wichtigkeit, s. §. 90. Aus dem Bisherigen ergiebt sich zugleich die Nothwendigkeit der Abtheilung und die praktische Bedeutsamkeit der allgemeinen obligationenrechtlichen Institute im ersten bis dritten Kapitel dieses Buchs, und der einzelnen fest ausgebildeten Obligationsarten im vierten Kapitel, sowie endlich, dass diese nicht alle im gegenwärtigen Buch zu suchen sind. Ueberwiegende systematische Gründe müssen vielmehr dazu bestimmen, mehrere einzelne dergleichen den anderen Rechtstheilen zu überweisen, weil sie nur in Verbindung mit Rechtsverhältnissen vorkommen, für welche in jenen die entsprechenden Institute ihre Stelle haben. Wenn übrigens Vieles von dem Inhalt der allgemeinen

[6] Die Ausnahmen für die Sachenrechte finden sich 1) durch Verknüpfung von auflösenden Bedingungen und Endterminen mit ihnen, s. §. 36.; 2) bei den persönlichen Servituten, 3) beim Pfandrecht. Ausnahmen für Obligationen sind nur sehr beschränkt und in besonderen Fällen denkbar, nämlich entweder mit von Zeit zu Zeit wiederkehrenden Leistungen, oder der Zusage eines Unterlassens auf ewige Zeit. Um den Zweck vollständig zu erreichen, wird es jedoch räthlich sein, Verhältnissen der Art einen unmittelbaren Bezug auf Sachen beizulegen, was durch Hypothekbestellung möglich ist, denn ohnedies werden, auch wenn solche Leistungen und Zusagen auf Grundstücke Bezug haben, dennoch nur die Erben des Schuldners, nicht andere Nachfolger darin eintreten. S. übrigens §. 97. I. 2. a. E.

obligationenrechtlichen Lehren vorherrschenden und zum Theil ausschliesslichen Bezug auf die Obligationen aus Verträgen hat, so hat dieses des Zusammenhangs wegen doch nicht abgesondert werden können; da sich dies im Einzelnen von selbst kund giebt, so hat es keiner wiederholten besonderen Bemerkungen deshalb bedurft.

II. Mit dem Wesen der Obligationen hängen unmittelbar Verschiedenheiten derselben nach zwei Beziehungen hin zusammen, nämlich rücksichtlich der Mittel, der Forderung Anerkennung zu verschaffen, und rücksichtlich der gegenseitigen Stellung der Personen, zwischen welchen die Obligation besteht.

A. Um die den Obligationen zuwiderlaufenden Rechtsverletzungen zu beseitigen, und ihre Anerkennung von Seiten des Verpflichteten zu erzwingen, bestehen im Allgemeinen dieselben Mittel, wie für andere Rechte, namentlich also Klagen und Exceptionen. In der Anwendung dieser Mittel besteht die Ausübung des Obligationsrechts und zwar die einzige, denn wenn sie nicht nöthig wird, so ist für dasselbe die Möglichkeit nicht vorhanden, sich als solches zu äussern (s. §. 27. z. A.), und in sofern besteht es selbst in dem Mittel seiner Geltendmachung (vergl. Bd. I. S. 249.), und sobald es an einem solchen fehlt, oder es erfolglos versucht worden, kann von der Existenz eines Obligationsverhältnisses nicht mehr die Rede sein, weil es nur mit der Person möglich wäre, für welche jene Voraussetzung zutrifft. Die bei Weitem grösste Mehrzahl der Obligationen ist nun gleich allen anderen Rechtsverhältnissen mit Klagen (*in personam*, s. §. 29. II. a.) versehen, und überhaupt ist eine solche regelmässig mit jenen verbunden zu denken, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil feststeht. Für manche Verhältnisse beruht dieser Mangel in deren Natur und Zweck, so namentlich für die, aus welchen nur eine *exceptio doli* gegen andere Forderungen entspringt, so dass hierin deren einzige, aber auch vollkommen ausreichende Wirksamkeit besteht, (vergl. §. 32. Bd. I. S. 317 f. und §. 91. D.) und eine anderweite nicht möglich ist. Deshalb bedürfen diese auch bei der Betrachtung der Obligationen im Allgemeinen keiner weiteren Berücksichtigung und können hier bei Seite gestellt werden. Dagegen giebt es eine geringe Zahl eigenthümlich gearteter Obligationen, welche die volle Wirksamkeit haben könnten, aber eine solche nicht erhalten haben. Allen fehlt namentlich die Klage, während sie übrigens nicht nur zum grössten Theil gleich den ersteren zwischen den betheiligten Personen Gegenstand von vollständig wirksamen Rechtsgeschäften werden, und somit mittelbar zu einer Wirksamkeit gleich diesen gelangen können, sondern es ihnen auch nicht an einer unmittelbaren fehlt, nämlich durch das Mittel der Exception[7], nur mit sehr verschiedener Wirksamkeit nach Umfang und Richtung, wobei also vorausgesetzt ist, dass der dazu Berechtigte von Seiten seines Gegners formell, d. h. durch selbstständige Anstellung irgend einer Klage, in den Fall versetzt werde, sie zu seiner Vertheidigung geltend zu machen. Dieses ist der Gegensatz der Civil- und Naturalobligationen, Bezeichnungen, die übrigens nur eine historische Bedeutung haben, so dass sie durch die Begriffe der klagbaren und klaglosen Obligationen vertreten werden. Ueber die Civilobligationen bedarf es aus dem vorhergedachten Grunde hier keiner weiteren Bemerkung, als dass sie überall zu verstehen sind, wo von Obligationen überhaupt und ohne weiteren Beisatz die Rede ist[8]. Dagegen ist hier über die Natur und die Wirksamkeit der Naturalobligationen in den angedeuteten Mitteln folgendes Weitere zu bemerken.

[7] S. Anm. [11].

[8] S. daher Anm. [1]. Nr. 4 u. Anm. [2] z. A. ferner fr. 7. §. 4 *de Pactis*. Stillschweigend ist hier das, was im Text über die *exc. doli* gesagt ist, als Modifikation hinzugedacht.

Der Gegensatz der *civilis* und der *naturalis obligatio* im R. R. hängt zusammen mit dem Gegensatz des *jus civile* zum *jus gentium*[9] oder *naturale* (vergl. §. 5. bes.

[9] Fr. 84. §. 1. *de R. J.* Sie werden einander ganz allgemein als zwei Hauptarten rücksichtlich der Wirksamkeit entgegengestellt, s. nur z. B. §. 1. *I. de Fidejuss.* fr. 8. §. 3. fr. 16. §. 3. fr. 21. §. 2. *ej. tit.* fr. 18. *de Scto Maced.* fr. 1. pr. *de Novat.* Die auf die *nat. obl.* bezüglichen Ausdrücke der Quellen s. bei Büchel Erört. Bd. II. H. 1. S. 65. In der älteren Doktrin herrschten in diesem Gebiet mehrfache fundamentale Irrthümer über die Grundlage des Begriffs, wie über diesen selbst; man fasste nämlich die *nat. obl.* theils als moralische Verbindlichkeiten auf, deren einigen das Recht eine beschränkte Wirksamkeit beigelegt habe, — damit hing die Eintheilung in *efficaces* und *non eff.* oder in *plenas* und *minus plenas* (s. z. B. Stryk *Usus mod. Pand.* XLIV. 7. 5.) zusammen, — theils so, dass sie die aus dem Naturrecht entspringenden bezeichneten, denen das positive Recht wiederum theils volle, theils beschränkte, theils gar keine Wirksamkeit beigelegt habe, — *obl. nat. efficaces, restrictae, reprobatae* — und die *obl. civil.* wurden dann unter Hinsicht darauf, ob ihnen eine auf „Billigkeit" gegründete *exceptio* entgegenstehe, in *efficaces* und *mere civiles* getheilt. So bes. Weber in s. oft genannten Werk: von d. nat. Verbindl. (Vergl. über dessen Theorie *C. Christiansen* z. L. v. d. *natural. obl.* Kiel 1844. S. 4 ff.) Zu der ersteren Eintheilung mögen Stellen, wie fr. 7. pr. §. 1. *de Pactis*, fr. 10. *de O. et A.* u. fr. 16. §. 4. *de Fidejuss.* beigetragen haben. Nach ihnen findet Francke, dass mit *nat. obl.* im R. R. drei verschiedene Begriffe bezeichnet werden, 1) die klagbaren, welche im *jus gent.* ihren Ursprung haben, 2) blosse Liebespflichten, deren Erfüllung ein *pietatis officium* sei (fr. 25. §. 11. *de H. P.* fr. 32. §. 2. fr. 26. §. 12. *de Cond. indeb.* — dieses gehört eigentlich zu Nr. 3) — fr. 27. 34. §. 1. *de Donat.*), diese hätten die Wirkung, *ut solutum repeti non possit;* 3) die klaglosen, welche bis auf den Mangel der Klage mit klagbaren in der Regel Alles gemein hätten, während einzelnen ausnahmsweise von sämmtlichen Wirkungen diese oder jene fehlen könnten. Die erste dieser Bedeutungen leugnet Rosshirt in s. Ztschrft. Bd. I. S. 125.[1], aber nach einer Interpretation der Stellen, welche als richtig nicht zugegeben werden kann. Ebensowenig kann ich die Unterholzner'sche (Schuldverhältn. Bd. I. S. 13.) für gelungen halten, wonach fr. 16. §. 4. *d.* von solchen Fällen zu verstehen wäre, wenn die *nat. obl.* mittelbar (s. Anm. [10]) klagbar wird; denn diese Annahme ist willkührlich. Auch übersetzen die Basil. 26. 1, 16, das: *si actio earum* [*eorum Fl.*] *nomine competit*, *ἐξ ἧς ἀρμόζει τις ἀγωγή*, und es bestätigen Francke's Annahme noch die von ihm nicht angeführten fr. 8. *de Cap. minut.* fr. 5. pr. *de Auctor. tut.* fr. 126. §. 2. *de V. O.* Vergl. noch Pfordten *de oblig. civil. in natural. transitu* p. 5. u. 52., s. unten Anm.[17]. In sofern jedoch die allgemeine Eintheilung der *obl.* in *civiles* und *praetorias* (§. 1. *I. de Obligat.*) jene (wohl meist durch die prätorische Rechtspflege) klagbar gewordenen *naturales* nothwendig mit umfasst, und in sich aufgenommen hat (fr. 5. *de Justitia*, §. 2. in f. *I. de Jure naturali*), kommen sie als eine besondere Art von klagbaren Oblig. neben und ausser diesen nicht mehr in Betracht, es werden vielmehr die *nat. obl.* in der Zusammenstellung mit jenen beiden in fr. 1. §. 1. *de Novat.* diesen entgegengesetzt. (Die Frage, ob die *obl. praetor.* zu den *civiles* oder *natur.* zu rechnen seien, und die Unterscheidung der *obl. nat.* im weiteren und im engeren Sinn, je nachdem sie klagbar geworden sind oder nicht, — vgl. *Pfordten l. l.* p. 5. und die dort Gen. — erledigt sich hiernach.) Die zweite und dritte der von Francke formirten Klassen ferner sind darin unterschieden, dass der zweiten im Besonderen ein moralisches Element der Liebe und Dankbarkeit vindizirt und nur die Wirkung der *retentio soluti* beigelegt worden ist. Ich kann aber für die ganze zweite Klasse den Charakter von Naturalobligationen nicht zugeben, s. Anm.[18], obwohl hier Büchel, Erört. Bd. II. H. 1. S. 59. noch viel weiter geht, und darunter sogar ausnahmsweise mit Klagrecht versehene Obligationen finden will. Der dafür angeführte Ausdruck *debitum naturale* anstatt *portio legitima* in c. 36. §. 2. *de Inoff. test.* vermag das natürlich nicht zu beweisen, denn der ist nur bildlich, und eine justinian. Konstit. überhaupt nicht geeignet, die ächte römisch-juristische Kunstsprache zu bestätigen. Es bleibt somit nur die dritte Klasse übrig, die denn also das Gebiet der *nat. obl.* überhaupt umfasst, und darin Fälle, von der geringen, der zweiten Klasse zugeschriebenen, Wirksamkeit, s. ebendas. In dem Gegensatz der *obl. civil.* u. *nat.* in diesen verengerten Grenzen tritt nun nur

Anm. [3]), es zeigt sich also darin ursprünglich der Unterschied der positiv-rechtlichen Nothwendigkeit mit absolutem Zwang und der Gebote der *aequitas* als Princips des

der allgemeinere durch das ganze R. R. sich hinziehende der Institute des *jus civ.* und *jus gent.* hervor, vergl. *Schrader Comm. ad I. tit. de Obl.* §. 1. *v. summa*, und *Pfordten l. l.* §§. 1. 3., und nach fr. 95. §. 4. *de Solut.* ist das Wesen der *nat. obl.* als *vinculum aequitatis* bezeichnet (vergl. §. 5. Anm. [8]), worin ein deutlicher Gegensatz zu dem *juris vinculum* im pr. *I. de Obl.* (s. Anm. [1] Nr. 4.) ausgesprochen ist. (Hiermit scheint fr. 64. *de Cond. indeb.* in sofern im Widerspruch, als durch den Vergleich desselben die *nat. obl.* nicht auf *jus gentium*, sondern auf *jus naturale* (pr. — §. 2. *I. de Jure natur.*) gegründet wird, indessen ist die Gegeneinanderstellung darin so dunkel, dass selbst eine Meinungsverschiedenheit neben den übrigen klaren Stellen (bes. fr. 84. §. 1. *de R. J.*) nicht danach angenommen werden kann.) Es liegt also den *nat. obl.* so gut wie den *civil.* ein eigentlich rechtliches Element zu Grunde. Soweit nun das Civilrecht (einschliesslich des *jus honorar.*) ein vom *jus gentium* anerkanntes Verhältniss in Voraussetzungen und Folgen übereinstimmend anerkennt (sog. *mixtae obl.*), ist das letztere Element allemal ganz in das civilrechtliche aufgegangen; übrigens aber besteht jenes soweit, als beim Mangel einer solchen Uebereinstimmung einzelne Wirkungen desselben isolirt und für sich anerkannt sind, die dann auf die *nat. obl.* als ihren Ursprung zurückgeführt werden, was auf eine doppelte Weise möglich ist: entweder von vornherein, so dass niemals weiterreichende Wirkungen für ein gewisses Verhältniss bestanden, oder so, dass ein der Wirksamkeit einer Civilobligation entgegenstehender Grund diese nicht ganz und gar, sondern nur in ihrer civilrechtlichen Beziehung aufhebt und die übrigbleibende als Ausfluss des naturalen Elements erscheint (s. Anm. [15]). — Es ist hieraus zugleich ersichtlich, dass die Abtheilung und Aufstellung des Begriffs der *oblig. mere civiles* ganz fruchtlos ist, möge man darunter die nur im *jus civile* wurzelnden verstehen, oder solche civilrechtliche, denen eine *exceptio* entgegensteht; denn für die erstere würde der Mangel einer naturalen Seite ganz gleichgültig sein, und da die letzteren mit voller Wirksamkeit bestehen, so lange die *exc.* nicht geltend gemacht worden ist, nachher aber den vernichteten gleichstehen (s. §. 37. Anm. [40]), vergl. fr. 8. *de Cond. ob turpem*, fr. 8. §. 9. *ad Sct. Vellej.* fr. 13. *de J. D.* fr. 25. *de V. O.* f. 2. *Quae res pign.* fr. 3. §. 1. *de Pecun. const.* fr. 14. *de Compens.* fr. 12. 19. *de Novat.*), so fehlt es an einem Grunde, einen besonderen Kunstausdruck aufzustellen, der überhaupt nur aus den z. A. dies. Anm. erwähnten Anschauungsweisen entstanden ist. — Es ist hier noch des neuesten Versuchs von Christiansen a. a. O. zu gedenken, für die *nat. obl.* eine Grundlage zu gewinnen. Dieser macht nämlich zuvörderst wider die gangbare Auffassung des Verhältnisses der *obl. civil.* und *natur.*, wonach beide als *species* der juristischen *obl.* überhaupt erscheinen, letztere mit geringerem rechtlichen Schutz, (S. 6 ff.) geltend: „dass dieselbe hiernach namentlich in der durchstechenden Wirkung der *soluti retentio* (aber auch in allen anderen) als ein unverständliches Gemisch eines jurist. und nichtjur. Verhältnisses erscheine; es fehle der die *obl.* und *solutio* vermittelnde jurist., d. h. nothwendige Zusammenhang, der nur durch Klage auf Erfüllung hergestellt werden könne, indem die *caussa praeterita* einer *nat. obl.* vor der *sol.* gar nicht als Rechtsverhältniss existire. Die Frage, ob die *nat. obl.* den allgemeinen Begriff eines jurist. Forderungsrechts theile, hänge namentlich davon ab, ob ihre Wirkungen als Schutzmittel einer klaglosen und nur mit Exceptionsschutz versehenen *obl.* gelten können, und dies sei darum zu verneinen, weil das durch die *exc.* geschützte faktische Verhältniss immer schon eine Erfüllung der *nat. obl.* enthalte, und eine vollständig erfüllte *obl.* sei keine *obl.* mehr.“ Nun kommt es aber nicht hierauf an, indem ja der Excipient nicht behauptet, dass die *obl.*, aus welcher er die *retentio* in Anspruch nimmt, noch existire (Christiansen S. 18 ff. widerlegt die Möglichkeit einer Auffassung der *obl. nat.* als eines erst nach dem Empfang beginnenden Forderungsrechts auf das fernere Behalten, die m. W. noch von Niemandem geschehen ist), sondern vielmehr, dass eine solche existirt habe und durch Leistung des vom Kläger zurückgeforderten Gegenstands erfüllt sei (s. Anm. [18]). Das leugnet zwar Christiansen (S. 17.) ebenfalls ausdrücklich, allein seine Beweisführung: „denn unter jurist. Wirkungen können nur die in nothwendigem Zusammenhang stehenden, also zu erzwingenden Folgen verstanden werden, und bei der *nat. obl.* erscheine das Eintreten des natürli-

jus gentium (ebendas. Anm. [8]) mit der Berücksichtigung derselben, welche eine so eigenthümliche Rechtspflege, wie sie in den Händen des Prätors war, möglich

chen Habens als ein zufälliges, mithin als kein juristisches," ist eine offenbare *petitio principii*, indem es nämlich zuvörderst darauf ankäme, die Wirkungen der *nat. obl.*, welche die gemeine Meinung als generisch gleiche, nur qualitativ verschiedene von der klagbaren, *civil. obl.* auffasst, als nichtjuristische darzuthun. Das würde aber unvermeidlich mit dem gänzlichen Bestreiten aller und jeder Wirkungen zusammentreffen, denn wie können die vom Recht berücksichtigten andere als juristische sein und genannt werden? Wenn nun Christiansen (S. 6.) ausdrücklich (gegen Weber's naturrechtliche Theorie) der richtigen Ansicht beitritt, „dass der Begriff einer Zwangsverbindlichkeit überhaupt erst durch das positive Recht entstehen könne, die Wirkungen der *nat. obl.* also juristische und aus diesem zu erklären seien," und ebenso der (S. 19.), „dass der *cred. nat.* in seiner Einrede nur ein negatives Verhältniss zum Kläger geltend mache, welches er gerade dadurch juristisch begründe, dass es eine vollständige Erfüllung der *nat. obl.* enthalte," wenn er ferner (S. 23.) anerkennt, „dass die *nat. obl.* nur als Grund einer schon eingetretenen Wirkung erscheine, und zur Rechtfertigung des zwischen dem früheren *cred.* und *deb.* nunmehr bestehenden definitiven Rechtsverhältnisses diene," so bekenne ich, dass ich es nicht verstehe, wie hierneben ein Widerspruch gegen die gangbare Auffassung der *nat. obl.* festgehalten werden kann. Der namentlich an den letzten Punkt angeknüpfte Gegensatz: „dass, da die bestehende *obl. nat.* nicht, wie die *civil.* einen juristisch gebundenen Willen enthalte, dennoch aber in beiden ein der Verpflichtung entsprechendes faktisches Verhältniss rechtlich geschützt werde, der in beiden Fällen gleichmässig wirkende Grund nur der Wille des Verpflichteten sein könne, bei der *civil.* der gebundene, bei der *nat.* der freie, aber wirkliche," — entzieht unverkennbar dem Begriff der *obl.* für den letzteren allen und jeden Inhalt und macht ihn völlig bedeutungslos. Denn wenn S. 83 ff. Christiansen so fortfährt: „wenn die *nat. obl.* und die juristische unter einen gemeinsamen (unjuristischen) Begriff gebracht werden sollen (woraus allein die gemeinschaftliche Benennung erklärlich werde), so könne das kein anderer sein, als die in beiderlei Verhältnissen liegende, objektiv erkennbare, Aufforderung des Willens der Person zu einer Willensthätigkeit; diese könne wieder nur vom Willen, entweder des Verpflichteten selbst, oder dem allgemeinen ausgehen, im letzteren Falle entstehe die jur. (klagbare) Obl., welche allein das Recht als noch zu erfüllende wahrnehmen könne, während die natürliche Betrachtungsweise, welche dieses Moment bei Seite setze und nur jenes allgemeine Wesen der *obl.* festhalte, zwar diesen Begriff auch in jeder jur. Obl. wiederfinde, ausserdem aber in vielen Fällen eine *obl.* anerkenne, wo eine solche im jur. Sinn nicht vorhanden sei," und er S. 91. „die *caussa obl.* der *nat. obl.*, soweit sie nicht aus einer Willenserklärung des Verpflichteten abzuleiten sei, (was er ausser den *pactis nudis*, den Versprechen des *pupillus* u. s. w. auch in den Fällen des fr. 9. §. 5. *de Jur. ignor.* u. c. 2. *de Fidejuss.* annimmt), wo, ungeachtet das Gesetz keine *caussa obl.* anerkenne, dennoch im natürlichen Sinn ein die Verpflichtung bezweckender Wille wirklich vorhanden sei, in einem objektiven Willen findet, der auch hier ein allgemeiner und als solcher objektiv erkennbar sei, und darum dem Einzelwillen eine Verpflichtung auflege," — und S. 92., „die Verbindlichkeit der *nat. obl.* als eine den Anforderungen einer objektiv anerkannten Moral entsprechenden Pflicht bezeichnet, welche das Gesetz blos als moralische Verbindlichkeit wahrnehme, ohne sie in irgend einem Grad in eine jur. zu verwandeln," — wenn, sage ich, Christiansen hierdurch den Grund und Begriff der *nat. obl.* zu entwickeln und festzustellen sucht, so ist er in der That unbewusst wieder auf dem Weber'schen Standpunkt der Auffassung der *obl. nat.* angelangt, nur mit dem Unterschied, dass Weber die jur. Wirkungen der *nat. obl.* auf den ihr inwohnenden, ausserhalb des positiven Rechts gelegenen Grund einer Zwangsverbindlichkeit zurückführt, Christiansen aber sie aus der vom Recht geschehenen Anerkennung einer blos moralischen Verbindlichkeit als solcher, ohne dass sie darum zur juristischen erhoben sei, ableitet. Ebenso aber, wie der Weber'schen Theorie entgegensteht, dass ausser dem Recht kein Recht existiren, und also es keine rechtliche Wirkungen von anderm als positiv-rechtlichem Usprung geben kann, m. a. W. es nur ein positives u. kein Naturrecht giebt, steht der Chri-

machte. Diese führte für viele Verhältnisse, welche durch jene Gebote den civilrechtlich-obligatorischen parallel erachtet wurden, allmälig deren Gleichstellung und vollständige Wirksamkeit herbei, wodurch denn ihre ursprüngliche Natur verwischt und bedeutungslos geworden ist. Für andere ist das nicht geschehen, sondern diese sind vom R. R. nur in einer bedingten und beschränkten Weise als rechtlich beachtenswerth und wirksam anerkannt worden. Sie werden nämlich, wie vorher schon angedeutet worden, gleich den civilrechtlichen, also den durch das positive Recht als vollständig wirksam erklärten, Rechtsverhältnissen sowohl für geeignet erachtet, solchen zu Voraussetzungen zu dienen, welche ihrer Natur nach einen Bezug der Art bedingen, und also Gegenstand anderer auf sie bezüglicher (vollwirksamer) Rechtsgeschäfte zu werden[10], als es wird auch in ihnen Stoff zu exceptivischen Vertheidigungsgründen[11] gegen die Person anerkannt, welche jenen zufolge als Schuldner erscheint, wenn sie ihrerseits im Widerspruch damit Klage wider den solchergestalt Berechtigten erhebt. In der ersteren Hinsicht können Naturalobligationen namentlich Novationen und Intercessionen zu Grunde gelegt, auch Pfandrechte für sie bestellt werden; in der zweiten können je nach den Umständen entweder Forderungen durch Anrechnung, Kompensation[12], wider jenseits klagbar gemachte wirklich erlangt, oder solche Klagen dadurch abgewendet werden, weil ihre Anstellung danach als eine widerrechtliche erscheint[13], oder endlich die auf den Grund solcher Obligationsverhältnisse geschehenen Leistungen nicht als nichtschuldig zurückgefordert werden[14] (*solutum repeti non posse*). Dieselben Erschei-

stiansen'schen entgegen, dass im Recht nur das Recht und nicht die Moral Wirkung äussert, und dass, selbst soweit hier ursprünglich nur moralische Pflichten anerkannt sind, von diesen als solchen keine Rede mehr sein kann, sondern sie dadurch in rechtliche aufgegangen sein müssen. — Bei der hiernach völlig unhaltbaren Grundlage der Christiansen'schen Anschauung über den Grund und Begriff der *nat. obl.* bedarf es der Prüfung der einzelnen von ihr aus gewonnenen Ansichten und Anknüpfungen einzelner Erscheinungen in diesem Gebiet nicht weiter. Vergl. jetzt Savigny Obl.-R. Bd. I. §. 5—14. Arndts Pand. §. 217.

[10] S. §. 1. *I. de Fidejuss.* fr. 7. 16. §. 3. fr. 21. §. 2. 3. fr. 60. *ej. tit.* fr. 13. pr. *de Cond. indeb.* fr. 5. pr. 14. §. 1. *de Pignor.* fr. 1. §. 1. *de Novat.* fr. 1. §. 7. *de Pecun. const.* S. Anm. [19].

[11] Häufig wird nach fr. 7. §. 4. *de Pactis* die Regel als allgemeine aufgestellt, die *obl. civ.* gewähre eine Klage, die *nat.* eine *exceptio*. Dabei ist die Wirksamkeit der letzteren zu enge angegeben, wenn sie es in ihrem ganzen Umfang sein soll, die direkte, und also das Rechtsmittel aus der *nat. obl.* besteht allerdings in der *exceptio*, und davon sind denn die Stellen zu verstehen, welche die Exceptionskraft als charakteristisch hervorheben, und namentlich fr. 94. §. 3. *de Solut.*, worin *ea obl. quae auxil. hab. except.* geradezu für *naturalis* steht. Vergl. Büchel a. a. O. S. 62 ff. Die *exc.* ist überall als *doli* zu verstehen; s. noch Anm. [14] a. E.

[12] Fr. 6. *de Compens.*

[13] Dieses ist die *exc. doli* im allgemeineren Sinn, vgl. §. 32. Anm. [21], sie wird oft mit einem Retentionsrecht zusammenfallen, s. z. B. fr. 8. *In quib. css. pign.* (s. §. 71. Anm. [33]) fr. 11. §. 7. *de Pecul.* Die hieher gehörigen Fälle dürfen nicht mit denjenigen civilrechtlichen Verhältnissen verwechselt werden, in denen nur eine *exc.* (*doli*) zu gleichem Zweck, und ihrer Natur nach keine Klage möglich ist, s. im Text vor Anm. [7]. Vergl. auch Christiansen a. a. O. S. 12 ff. u. 24.

[14] Dieses ist das allgemeine Kennzeichen von der Existenz einer *natural. obl.* und wird in vielen Stellen erwähnt; recht eigentlich als solches ist es hervorgehoben in fr. 10. *de O. et A.* fr. 16. §. 4. *de Fidejuss.* und auch in fr. 1. §. 17. *ad Leg. Falcid.* und in fr. 94. §. 3. *de Solut.* direkt anerkannt; vgl. noch Anm. [18]. S. Büchel a. a. O. S. 100. u. bes. C. Sell in s. Jahrb. Bd. I. S. 126 ff. u. S. 131 ff. u. die Anm. Hiermit hört die Grenze des Begriffs und Gebiets der *obligatio* auf, es kann also das *per errorem solutum* zurückgefordert werden, fr. 41. (*nec natura tenet*) 54. *de Cond. indeb.* und nirgends weiter von einer Wirksamkeit der *nat. obl.* die Rede sein, fr. 11. §. 3. in f. *de P. A.* fr. 129. §. 1. *de R. J.* Jenseits dieser Grenze liegt die sog. *obl. repro-*

nungen kommen in Folge der Konfusion als Erlöschungsgrunds der Obligationen unter gewissen Umständen und mancher Exceptionen gegen solche vor, d. h. es bleibt dessenungeachtet noch einige Wirksamkeit jener übrig, so dass man also sagen kann, sie seien aus Civilobligationen zu Naturalobligationen geworden und in ihrer Wirksamkeit zur Stufe der letzteren herabgesunken [15]. Das Verhältniss, worin

bata im Sinn des modernen Naturrechts, vergl. Anm. [9]. — Anderer Meinung ist hier Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 11 ff. in sofern, als er den *obl. nat.* nur die im Text als mittelbar bezeichnete Wirksamkeit einräumt (s. bei Anm. [7]), von der anderweiten aber behauptet, „dass der Einfluss der *nat. obl.* eigentlich (?) nirgends durch eine Einrede vermittelt werde. Dass man auf den Grund einer solchen Weggegebenes nicht wie eine Nichtschuld zurückfordern könne, sei ganz natürlich, es sei also *ipso jure* kein Zurückforderungsrecht vorhanden, nicht in Folge eines Except.-R. aufgehoben. Die *compens.* wirke auch nur *ipso jure*, wenigstens nach justin. R." Dieselbe Ansicht über die *cond. indeb.* ist schon früher von Anderen vertheidigt, aber nicht bewiesen, von Büchel a. a. O. S. 61 ff. vielmehr widerlegt und nachgewiesen worden, der Empfänger der Zahlung bedürfe immer der *exceptio*, um die Klage zurückzuweisen, dem Sell a. a. O. S. 124 beigetreten ist, und in der That kann gemäss dem Wesen der *exceptio* überhaupt (s. Bd. I. S. 317.), der ganzen Natur der *obl. nat.*, dem fr. 94. §. 3. *de Solut.* fr. 26. §. 9. fr. 51. *de Cond. indeb.* u. fr. 7. §. 4. *de Pactis* (dazu bes. Sell S. 125 f.) und den Stellen der vor. Anm. ein Zweifel nicht obwalten, dass für die *nat. obl.* das eigentliche Mittel, sie geltend zu machen, die *exc.* sei, und zwar im Besonderen der *cond. indeb.* als *str. jur. a.* gegenüber. Aber auch die Art und Weise der Wirkung und die Wirksamkeit der Kompensation ist durch Justinian nicht in dem von Unterholzner vorausgesetzten Sinn geändert worden, s. Sintenis in d. Ztschrft. Bd. XVIII. S. 28—34. Die *exc.*, durch weche hier die *retentio soluti* geltend gemacht wird, ist ebenfalls die in vor. Anm. genannte, s. fr. 8. §. 1. *Rem ratam.* Das praktische Resultat für den Fall einer erhobenen *cond. indeb.* ist also namentlich auch für das heutige Recht dieses: ist in der Klageschrift selbst, wie gewöhnlich klüglich geschehen sein wird, eines möglichen Naturalschuldverhältnisses nicht gedacht, so muss es der Verklagte natürlich zur Sprache bringen und das Exceptionsrecht daraus geltend machen, wenn er überhaupt Schutz darin sucht; sollte es aber auch geschehen sein, so ist das letztere mittelst ausdrücklichen Berufens darauf nicht minder nöthig, weil es sich hier um die wirkliche Ausübung eines Rechts handelt, die Existenz desselben aber auf die jenseitige Klage nicht vor seiner Geltendmachung und ohne eine solche Einfluss äussern kann. — In Bezug auf die Rückforderung der mit einer Naturalobl. in Zusammenhang zu bringenden Leistung ist endlich zu bemerken, dass, in sofern in der letzteren eine Veräusserung liegt, von Seiten des Zahlenden freilich die Befugniss dazu vorhanden gewesen sein muss, wenn der Empfänger das Empfangene soll behalten können. Vgl. darüber auch Christiansen a. a. O. S. 119 ff. (Im Zusammenhang hiermit macht Vangerow Leitfaden Bd. I. S. 448. 50. eine Ausnahme für den Unmündigen (vgl. Bd. I. S. 140.), dieser könne trotz seiner Unfähigkeit dieser Art die Zahlung wegen ihm entgegenstehender *exc. doli* nicht zurückfordern, soweit er durch das Gezahlte bereichert gewesen sei; das ist zwar richtig, indessen ist darauf die Obligation, woraus dann excipirt wird, klagbar, also *civilis.*)

15 Man hat hiernach neuerlich die *obl. nat.* in solche im eigentlichen Sinn und in abgeleitete getheilt, s. Büchel S. 60. und 103 ff. oder auch von einer (römischrechtlich) unvollkommenen Entstehung im Gegensatz zu einer unvollkommenen Aufhebung gesprochen. Wenn aber Büchel für die Exceptionen mit dieser letzteren Wirkung das in mehreren Stellen allerdings aufgestellte Unterscheidungsmerkmal, je nachdem sie *in favorem debitoris* oder *in odium creditoris* anerkannt worden, festhalten zu müssen glaubt, so bemerkt er doch schon selbst dagegen, dass sich dennoch die einzelnen nicht sicher erkennen lassen, vergl. über dasselbe überh. §. 32. Anm. [43] a. E. und schon Francke a. a. O. S. 71 ff. Dagegen hat Savigny Syst. Bd. V. S. 378 ff. als Unterscheidungsmerkmal der *exc.*, welche *nat. obl.* übrig lassen, das aufgestellt, wenn sich jene lediglich auf *jus civile* gründen und nicht im *jus gent.* wurzeln und zählt dahin: die *exc. Scti Maced.*, *rei jud.*, der Retorsion wegen *jus iniquum*, *beneficii competentiae*, und der Prozessverjährung; nur die *exc. Scti Vellej.* mache eine

das Civilrecht zum *jus gentium* in diesen Erscheinungen steht und Aeusserungen des letzteren Eingang gestattet hat, hat ebenfalls nur historische Bedeutung, indem dieselben schlechthin nur als Rechtsnormen gelten und positiv abgeschlossen sind. Untersucht man seine inneren Beziehungen zur Ergründung der Motive und zur Erklärung jener Erscheinungen näher, so lassen diese sich theils auf eine unvollkommene rechtliche Anerkennung eines Verhältnisses, dem das *jus gentium* wohl, soweit es die Natur und der Zweck desselben überhaupt möglich machten, vollkommene Wirksamkeit beilegte, zurückführen, welche sich daraus erklärt, dass das Civilrecht wegen ihm eigenthümlicher allgemeiner Normen dem letzteren nicht ganz entsprechen konnte [16], — theils auf eine isolirte Opposition des im *jus gentium* hervortretenden Rechtsgefühls gegen die Anwendung eines civilrechtlichen Aufhebungsgrunds einer Obligation in einem Einzelfall, welche dessen Wirksamkeit wenigstens von deren naturalem Element soweit abhielt, als nicht ebenfalls solche, wie die gedachten allgemeinen Normen dies unmöglich machten [17]. — Nicht für alle Natural-

eigentliche Ausnahme, welche die Tendenz des *Scti* rechtfertige. Auch dieses Merkmal aber würde, selbst abgesehen von seiner Bedenklichkeit durch die zugestandene Ausnahme, und davon, dass die vierte *exc.* eine dilatorische ist, nur dann wirklich brauchbar sein, wenn über die einzelnen Fälle kein Streit möglich wäre, während gerade über die wichtigsten die grössten Kontroversen schweben, s. dens. S. 376. c), und *Pfordten l. l.* p. 27 ffg. Dieser stellt denn, wiewohl unter Anerkennung eines ähnlichen Princips, nämlich, dass es *modos tollendarum obligationum mere civiles, qui a naturali aequitate abhorrent*, gebe, eine zum Theil ganz abweichende Zahl von *exc.* mit jener geringeren Wirkung auf, p. 16 ffg., unter denen als eine Klasse wieder die *in odium creditoris* erscheinen, gegen deren Inhalt dann im Besonderen das vorher Bemerkte gilt, während über die anderen zum Theil sich Meinungsverschiedenheiten schroff gegenüber stehen. Die *exc. Scti Maced.* endlich sondert er (mit Recht) von dieser darum ab, weil sie gleichzeitig mit der *obl.* entsteht (doch nimmt er p. 12. für diesen Fall von vornherein *obl. civil.* an, s. aber §. 108. Anm. [40].) Andererseits sucht Fein im Arch. Bd. 26. S. 387. den Schlüssel in fr. 66. *de R. J.*, indem er für den entgegengesetzten Fall von dem darin enthaltenen die Fortdauer des *natura debere* annimmt. Dies ist aber willkührlich, da gar kein Grund vorhanden ist, *debitor* hier nach der Definition in fr. 108. u. 178. §. 3. *de V. S.* (dazu fr. 16. §. 4. *de Fidejuss.*) nicht zu verstehen; selbst abgesehen indessen hiervon muss eine Klassifikation der Exceptionen danach viel Trügliches enthalten, welche für diese die *naturalis aequitas* aus allgemeinen und aprioristischen Ansichten verwirft oder behauptet, während deren Berücksichtigung durch das R. R., um eine *nat. obl.* zu ermitteln, nur *a posteriori* zu erkennen ist, (s. Anm. [17]), man also auf dem ersteren Weg unversehens in die Bahn des sog. Natur- oder Vernunftrechts geräth. Unter diesen Umständen scheint es mir vergeblich, ein praktisch-sicheres allgemeines Merkmal aufzusuchen und aufzustellen, und auch hier, wie in Anm. [18] für alle ausgeführt ist, nichts weiter übrig zu sein, als die Wirksamkeit der einzelnen Exc. selbst zu untersuchen. Nur das lässt sich noch im Allgemeinen sagen, dass die geringere Kraft nicht nur zu den Ausnahmen, sondern zu den Seltenheiten gehört. Daher ist denn die Wirkungslosigkeit einer Klage *ope exc.* und also die Wirksamkeit der *exc.* stets so zu verstehen, dass keine *nat. obl.* übrig bleibt (vergl. Bd. I. S. 376.), sobald nicht das Gegentheil ausdrücklich ausgesprochen oder aus den Umständen zu entnehmen ist. — Die Konfusion lässt in einem Fall *nat. obl.* übrig, s. fr. 59. pr. *ad Sct. Trebell.* (gezwungener Erbantritt). *Pfordten l. l.* p. 58. zählt noch den aus fr. 38. §. 5. *de Solut.* hierher, s. dagegen Sintenis Pf.-R. S. 661.

[16] Hierher gehören namentlich: die Erfordernisse der Konventionen, um deren Klagbarkeit zu begründen (s. §. 96. Anm. [3]), das Verhältniss der durch väterliche Gewalt verbundenen Personen zu einander, die Eigenschaft des Schuldners als Haussohn oder Unmündiger. Vergl. Büchel a. a. O. S. 65 ff. u. 98. *Pfordten l. l.* p. 10 sq. Ersterer rechnet hierher nicht die *oblig. contra Sct. Macedon.* (S. 139.) s. aber Anm. [15]. S. noch folg. Anm.

[17] Vergl. Anm. [15]. Eine eigentliche Erklärung, warum die als *naturales* im R. R. anerkannten *obligationes* überhaupt mit nur

obligationen besteht nun aber die Möglichkeit aller der vorhergedachten Wirkungen, vielmehr ist die individuelle Wirksamkeit der einzelnen bald eine weitere, bald eine beschränktere. Nur soviel lässt sich mit Bestimmtheit sagen, dass, wenn nicht wenigstens die zuletzt gedachte geringste Wirkung anerkannt ist, von einer Naturalobligation überhaupt nicht die Rede sein kann, jene also das allgemeine Kennzeichen einer solchen und die allen gemeinschaftliche Wirkung ist[18]. Es ist daher

unvollständiger Wirksamkeit und im Besonderen mit einer verschiedenartigen (s. Anm. [19]) anerkannt worden seien, finde ich bei keinem Schriftsteller. Ich setze diese in die nothwendige Berücksichtigung allgemeiner civilrechtlicher Normen und des Charakters ganzer ihm angehöriger Institute, wie diese bei der Ausbildung des R. R. im Ganzen erfolgte. Wie sich nun hierin im Einzelnen auch anderwärts Lücken der Vollendung in Schwanken und Unentschiedenheiten zeigen (vergl. §. 32. Anm. [12] u. [21]), so könnte es nicht befremden, wenn sich für jene ebenfalls Inkonsequenzen finden sollten. Indessen muss ich hinzufügen, dass ich keine gefunden habe. Namentlich ist dafür nicht die Erscheinung zu halten, dass die meisten *nat. obl.* vollständig die Kraft von *civiles* erhalten haben und erst aus dem *jus gent.* in das *jus civile* aufgenommen worden sind, fr. 5. *de Justitia*, und seitdem von diesen nicht mehr unterschieden werden und andere nicht, sondern eine geringere, aber mit verschiedenen Abstufungen (s. Anm. [9] die erste und dritte Klasse und den Text bei Anm. 12)—14)). Allerdings hat, wie man ohne Zweifel wird annehmen dürfen, die Erkenntniss der *aequitas* und ihre Beachtung ursprünglich zum Ersteren (s. §. 2. in f. *I. de Jure natur.*) wie zum Zweiten geführt; hat sie aber nicht für alle *nat. obl.* ein gleiches Ziel erreicht, so würde sich das nur soweit nicht erklären, als Rücksichten der vorgedachten Art nicht zu nehmen gewesen wären. Untersucht man nun die einzelnen Naturalobligationen, so lässt sich in der That die grössere oder geringere Wirksamkeit jeder einzelnen aus weniger oder mehr kollidirenden Rücksichten der Art erklären. Damit ist natürlich nicht behauptet, dass der Grad der Wirksamkeit aller stets positiv wie negativ auf einer civilrechtlichen Nothwendigkeit beruhe, und dass z. B. nicht manche *nat. obl.* der schwächsten Art eine höhere Potenz der Wirksamkeit hätte erhalten können, und umgekehrt, dass die von der stärkeren Art gerade die höhere hätte erhalten müssen. Denn dabei würde übersehen sein, dass die Berücksichtigung der *aequitas* nicht nach einer festen Methode und ausgebildeten Konsequenz geschah, sondern oft von individuellen Ansichten und von Umständen abhing, die uns zum Theil verborgen sind. Für die meisten wird es indessen auch nicht einmal an einer solchen Nothwendigkeit fehlen; doch müsste man, um diese Frage weiter verfolgen zu können, mit sämmtlichen *nat. obl.* wenigstens als solchen im Reinen sein, während es von vielen streitig ist, ob eine solche anerkannt werde oder nicht, s. z. B. §. 17. Anm. [24], §. 34. Anm. [9], §. 31. Anm. [57], vergl. mit §. 32. Anm. [39]. Es ist daher hier um so unnöthiger, je mehr man sich für die praktische Bedeutsamkeit mit den positiven Wirkungen als einzelnen Erscheinungen begnügen kann.

[18] Vergl. Anm. [14]. C. Sell a. a. O. S. 131. (s. auch schon *Donell. Comm.* L. XII. c. 2. §. 6. u. Büchel a. a. O. S. 100.) widerspricht mit Recht der gewöhnlichen Fassung des allgemeinen Kriteriums der *nat. obl.*, welche dabei auf die stärkere Wirkung Rücksicht nimmt, und danach diese immer vorauszusetzen und von ihr die Existenz einer *nat. obl.* abhängig zu machen scheint. Dieser hat sich dagegen gleichzeitig wieder angenommen Fein im Archiv Bd. 26. S. 170 ff., indem er dem Ausdruck *nat. obl.* eine durch und durch technische Natur für die Obl. beilegt, die ausser der Klagbarkeit regelmässig alle sonstigen Wirkungen der *civil. obl.* haben. Er scheint nun zwar die schwächste Wirkung (*solut. repeti non posse*) als möglicherweise allein stehend nicht ganz zu leugnen, nur macht er von seinem Satz eine solche Anwendung, dass er in manchen *nat. obl.* das *natura debere* nach demselben als von der gewöhnlichen, d. i. stärksten Wirkung versteht, denen nur die schwächste beigelegt werden kann; so namentlich für die des *debitor injuria absolutus* (s. 393.), wogegen Flach's Einwendungen (s. Anm. [19] a. E.) sehr gegründet sind. Meine Gegengründe wider eine solche absolute aprioristisch bestimmte Auffassung des Begriffs der *nat. obl.* sind in der ganzen Entwickelung im Text und besonders in den Anm. [14], [17], und meine Gründe, wieweit ich sie nur zugeben kann, in Anm. [19] enthalten. — Dagegen aber kann ich mich mit dem Rückschluss, dass das

die Wirksamkeit aller einzelnen genauer zu untersuchen. Die zwiefache allgemeine Annahme aber wird sich als richtig bewähren, dass, wenn nicht besondere Gegengründe vorliegen, im Zweifel die am weitesten reichende Wirksamkeit für eine

solutum repetere non posse immer das Dagewesensein einer *nat. obl.* anzeige, welche nämlich getilgt worden, nicht in der Ausdehnung und in allen Anwendungen einverstanden erklären, welche die beiden erstgenannten Gelehrten (s. bes. C. Sell S. 131. Anm. [1] u. S. 132. Anm. [1] u. S. 134.) davon machen. Unbeschadet nämlich der, namentlich von meinem mir so theueren Freund Sell hervorgehobenen Wechselbeziehung und der Gegensätze, welche in der Versagung einer *repetitio soluti* wegen Vorhandenseins einer *obligatio* und in der rechtlichen Möglichkeit der ersteren wegen Mangels der letzteren nach zahlreichen Stellen liegen (s. die von dems. S. 127. gesammelten), vielmehr in voller Anerkennung der Stärke des darin liegenden Arguments, kann ich dennoch jenen Rückschluss nur mit der Beschränkung als richtig anerkennen, wenn kein anderes Mittel vorhanden ist, die rechtliche Natur eines Verhältnisses zu messen und zu bestimmen. Nur dann würde man ihn als überall zutreffend zugeben müssen, wenn der Begriff von *solvere* immer eine wirklich existirende *obligatio* voraussetzte, denn dann müsste die Unmöglichkeit der *repetitio soluti* daraus erklärt werden, dass dadurch eine *obligatio* getilgt sei, eine solche also vorhanden gewesen sein; dagegen sagt aber fr. 1. §. 1. *de Cond. indeb.* — *si sciens se non debere, solvit, cessat repetitio.* Da es also Fälle giebt, in denen etwas Weggegebenes nicht wiedergefordert werden kann, ohne dass darum eine *obligatio* getilgt erscheint, — mithin nicht darum, weil eine solche bestand, sondern aus anderen Gründen, m. a. W. in denen es nicht auf einen rückwärts liegenden schon dagewesenen rechtlichen Grund (und dessen rekonstruirende Ermittelung) ankommt, aus welchem der Empfänger das Empfangene behalten und weshalb es ihm nicht wieder abgefordert werden kann, sondern das rechtliche Verhältniss erst durch das unter gewissen Umständen geschehene Weggeben auf der einen Seite und das Annehmen auf der anderen Seite entsteht und es somit natürlich an einem Grunde für den Geber, das Gegebene willkührlich zurückzufordern, fehlt, so wird es zur näheren Bestimmung der versagten Rückforderung von etwas Weggegebenem vor Allem immer darauf ankommen, die positiven Anzeichen und Gründe dafür zu erforschen, und diese können sehr verschiedene sein. S. z. B. fr. 52. *de Cond. indeb.* (*falsa caussa*) und das vorher cit. fr. 1. §. 1. *eod.*, so ferner bei Geschenken durch gleichzeitige Uebergabe ohne vorangegangenes Versprechen. Darum also kann man den gedachten Rückschluss nur dann als einen nothwendigen betrachten, wenn sich kein anderes Mittel darbietet, jene rechtliche Unmöglichkeit zu erklären. An einem solchen fehlt es nun aber in den Fällen, worin der hier in Rede stehende Satz praktisch hervortritt und für welche es sich recht eigentlich und im Besonderen darum handelt, ob eine *naturalis obl.* darnach (als getilgt) anzunehmen sei, nicht. Es sind dies: 1) die vermeintliche *naturalis obl.* zu remuneratorischen Schenkungen, nach fr. 25. §. 11. *de H. P.* fr. 27. 34. §. 1. *de Donat.* coll. fr. 54. §. 1. *de Furtis* (s. Francke a. a. O. S. 68. Sell S. 131. [1]). Vergl. darüber Bd. I. S. 206. Anm. [10], [11]. Die darin vorkommenden Ausdrücke *naturaliter obligare* und *beneficii debitor*, welche sogar als direkte Beweisgründe dafür angesehen werden zu müssen scheinen, erkläre ich mit Anderen (s. die a. a. O. Anm. [10] Gen., Vangerow Bd. I. S. 146. Puchta Pand. §. 237. [e]) u. Savigny Syst. Bd. IV. S. 93. [l]), s. auch Fein a. a. O. S. 170 f. der jedoch Anm. [15] das. die hier und nachher Nr. 2) zur Sprache kommenden Stellen ziemlich kurz und willkührlich abthut), von einer auf Sitte und Ehrgefühl beruhenden Nöthigung, so dass der rechtliche Grund des Behaltens nicht in dieser, sondern, wie gedacht, in dem geschehenen Geben, dessen *caussa* jene ist, und Annehmen ruht. Das in c. un. *de Imponenda lucrativa* vorkommende *debitum naturale* endlich ist offenbar nur bildlich gebraucht. (Vergl. Anm. [9] über c. 36. §. 2. *de Inoff. test.*) Diese Erklärung kann nicht etwa als eine den Worten (*natur. obl.*) zuwiderlaufende Willkühr bezeichnet werden, denn dass deren Sinn und Bedeutung nach dem Zusammenhang aufzufassen sei, wird (abgesehen selbst von dem eigenthümlichen Ausdruck *beneficii debitor*) nicht nur andererseits schon darin zugegeben, dass der *nat. obl.* bald eine grössere, bald eine geringere Kraft beigelegt wird, sondern erhellt auch noch aus dem in einer der unter Nr. 2) folgenden Stellen (fr. 34. *de Negot.*) vorkommenden Beispiel des

Naturalobligation angenommen werden muss, — und andererseits, dass, wenn nur wegen des Ausschlusses der Möglichkeit, eine gewisse Leistung zurückzufordern, eine Naturalobligation angenommen wird, oder daraus auf die Annahme einer sol-

jus pietatis, welches von einem Fall (Ernährung des Enkels) gebraucht ist, worin die Möglichkeit einer sogar vollständig wirksamen Civilobligation ungleich näher liegt, als in fr. 25. §. 11. *d.* die einer *naturalis*, dennoch aber wird Niemand daraus auf ein wirkliches Recht schliessen wollen; ja es ist, soviel ich finde, überhaupt ausser von Fritz noch von Niemandem selbst nur eine *nat. obl.* darin behauptet worden. Anders verhält es sich mit dem gewöhnlich auch hierher gezählten fr. 8. *In quib. causs. pign.*, worin eine vereinzelte Aeusserung einer nach älterem R. R. noch weiter reichenden Ansicht übrig ist, — vergl. §. 71. Anm. [33], — die allerdings auf eine *nat. obl.* hinauskommt, indem jene nur daraus erklärt werden kann, von den Fällen der anderen Stellen aber, mit denen sie zusammengestellt zu werden pflegt, durch die in ihr anerkannte Deduktion durch Innebehaltung sehr wesentlich verschieden ist, denn dieses ist doch eine Wirkung, die ein schon bestehendes Oblig.-Verhältniss voraussetzt; es liegt ihr also ein wirklich rechtliches Element zu Grunde, wovon bei jenen, wie gezeigt, nicht die Rede ist. Darum ist für diesen Fall eine *natural. obl.* anzunehmen, und zwar nicht von der schwächsten Wirkung, s. Anm. [19]. 2) Die *pietatis caussa* geschehenen Leistungen in fr. 32. §. 2. *de Condict. indeb.* fr. 27. §. 1. fr. 34. *de Negot. gest.* fr. 50. *Famil. ercisc.* c. 11. 15. *de Negot. gest.* (s. Francke a. a. O. Fritz Erl. Bd. II. S. 7. [28]), wozu noch fr. 14. §. 7. *de Religios.* hinzuzufügen ist. Man hat in den hierin enthaltenen Fällen den Grund für die rechtliche Unzulässigkeit der Rückforderung der aus verwandtschaftlicher Liebe (der auch die gegen Stiefkinder gleichgesetzt worden, und welche in der letzten Stelle ein allgemeines sittliches oder religiöses Princip vertritt), gewissen Personen geschehenen Leistungen in die *pietas* und eine darnach anzuerkennende *nat. obl.* dergestalt gesetzt, dass die Forderung deshalb, weil sie dieser zuwiderlaufe, also wegen eines sittlichen Princips verweigert würde, s. Büchel a. a. O. S. 99. Allein das Postulat, das Rechtsgesetz könne an sich niemals mit dem Sittengesetz in Widerspruch stehen, ist ungegründet und würde zu den ausserordentlichsten Resultaten führen. Es lassen sich vielmehr in allen jenen Stellen ausser der ersten die *pietas* als ein Kennzeichen des *animus donandi* für die aus ihr entsprungenen Handlungen und diese also als Schenkungen auffassen. S. fr. 53. *de R. J.* fr. 29. pr. *de Donation.* In der ersten aber ist ausdrücklich ein solcher *animus* auch als ausgeschlossen gedacht, und einer Frau aus der *sublata falsa opinione* einer bestehenden *obligatio* zum Dotiren immerhin noch übrigen *pietatis caussa* die *repetitio soluti* versagt. Es entsteht nun zuerst die Frage, welches der gegenseitige Einfluss dieser Stellen sei, m. a. W. ob, wenn in den Fällen der übrigen eine *falsa opinio* vorgewaltet hat, die *pietatis caussa* dieselbe Wirkung hat, wie in dem der ersten, und andererseits, ob, wenn in diesem die Absicht der Geberin sich, wie für jene entscheidend anerkannt wird, von Anfang an bestimmt dahin ausgesprochen hat, dass sie nicht *pietatis respectu* gebe, sondern sich die Rückforderung vorbehalte, diese nun auch, wie dort, möglich sei? Die erste Frage ist darum zu verneinen, weil der *respectus pietat.* ausdrücklich als positives Erforderniss für die konkreten Fälle (*si paterno affectu* etc.) hervorgehoben ist, also das Motiv zur Leistung, nicht als ein allgemeines sittliches Moment, aus dem diese nicht zurückgefordert werden soll; eine *falsa opinio* (also *juris*) kann aber jenes nicht ersetzen, sondern steht damit in vollem Widerspruch. Ich vermag daher in diesen Fällen auch nicht einmal eine Hindeutung auf eine *nat. obl.* zu entdecken. Für die zweite Frage aber ist zuvörderst zu bemerken, dass *Cujacius Op.* T. VI. p. 55. die Zahlung als aus demselben Motiv wie in den vorigen Stellen geschehen und also eine Schenkung annimmt; wäre das richtig, so fiele die Frage weg und die Stelle wäre gerade wie die übrigen zu erklären. Ich weiss aber nicht, wie der *animus donandi* neben der *falsa opinio oblig.* soll bestehen können und habe also darum den ersteren schon vorher als ausgeschlossen betrachtet. Nichts desto weniger steht nichts entgegen, die Frage zu bejahen, weil in dem dazu vorausgesetzten Fall dann von *falsa opinio* nicht die Rede sein kann und kein Grund ersichtlich ist, der *pietatis caussa* eine weiter reichende Wirkung beizulegen, als sie in denen der übrigen Stellen hat. Wie erklärt sich nun aber die Unmöglichkeit der *repetitio* für den konkreten

chen geschlossen werden kann, derselben nur diese, also die geringste Wirkung beigelegt ist, sobald nicht besondere Gründe für das Gegentheil sprechen [19]. Solche

Fall und ist dazu die Annahme einer *nat. obl.*, oder auch nur die einer moralischen Pflicht unumgänglich? Nach dem Obigen würde das erstere nur dann zutreffen, wenn es an jedem anderen Grunde fehlte. In der Stelle selbst ist ein solcher ausdrücklich in die *pietas* gesetzt, und zwar unter Umständen, wo sie für den Handelnden nicht Motiv war. Untersucht man dieselbe mit Rücksicht auf das ältere R. R., wozu das Pandektenrecht gehört, und in welchem die Frauen allgemeinen Schutz gegen Rechtsirrthum (s. §. 8. Anm. [8]) genossen, so hätte in dem zur Entscheidung vorliegenden Fall nach diesem Recht die *cond. indeb.* angestellt werden können. Es muss aber die Frau, welche die *dos* bestellte, entweder eine der Ehefrau sehr nahe verwandte Person gewesen sein, nämlich weil sie sich dazu für rechtlich verpflichtet hielt, etwa die Mutter oder Grossmutter, oder es steht auch nichts entgegen, die Ehefrau selbst zu verstehen. Wird nun ein Gegengrund wider die *cond. indeb.* in die *pietas* gesetzt, unter Umständen, wo die Dotirung aus dem diesem Begriff ganz entgegengesetzten Motiv der *falsa opinio obligationis* geschah, während es, um die *repetitio* zu versagen, nach justin. R. eines besonderen Grunds nicht bedurfte, so ist für dieses der Bezug auf die *pietas* in jener Stelle antiquirt. Für die Zeit derselben aber bedurfte es allerdings eines solchen Grunds, und wenn dieser in die *pietas* gesetzt wird, so kann dieselbe freilich nicht anders als in den übrigen Stellen verstanden werden, nur ist nicht ausser Acht zu lassen, dass die Stelle einen Widerspruch enthält. Sie spricht nämlich in den Schlussworten: — *relinquitur pietatis caussa, ex qua solutum repeti non potest*, offenbar denselben allgemeinen Satz aus, von dem in den übrigen Stellen auf Leistungen *ex pietate* Anwendung gemacht wird, während in ihrem Fall bestimmt nicht *ex pietate* gezahlt, also die unter den Satz subsumirte Thatsache von der Voraussetzung desselben verschieden ist. Bei diesem klaren logischen Widerspruch muss in der That die Stelle für uns allen Werth verlieren, man müsste denn (wogegen sowohl die Regeln der Sprache als die Uebersetzung der Stelle in der *Basil.* XXIV. 6, 32. streiten) *ex qua* für *propter quam* verstehen und somit nicht auf *solutum*, sondern auf *non repetere* beziehen wollen. Erst dann würde man dahin gelangen, den Grund in ein solches sittliches Princip setzen zu können, welches der Rückforderung entgegenstand, aber auch dann noch würde die Annahme einer sittlichen Pflicht zum Dotiren willkührlich sein und eine Spur von einer (getilgten) *nat. obl.* vermag ich so wenig zu entdecken, als ich (selbst abgesehen von den mannigfaltigen Begünstigungen der *dos*) einen etwanigen analogen Gebrauch von dieser Stelle für andere Fälle zugeben kann. Ich muss bei dieser Ausführung und diesen Resultaten ungeachtet Reinhard's Gegenbemerkungen in der Zeitschrift Bd. 3. (N. F.) S. 85 f. beharren.

[19] Dass nicht alle *nat. obl.* von gleicher Stärke und Wirksamkeit seien, ist schon früher erkannt und ausgesprochen worden, s. Francke a. a. O. S. 68 f. Mühlenbruch §. 330. [7], Sintenis Pf.-R. S. 47. und neuerlich hat C. Sell a. a. O. bes. S. 129 ff. dies genauer zergliedert. Es lassen sich namentlich 1) solche unterscheiden, welche die möglichst stärkste Wirkung haben, denen m. a. W. nichts abgeht als das Klagrecht, namentlich also z. B. a) fr. 6. *de Compens.* b) fr. 2. §. 5. *de Doli exc.* vergl. mit fr. 11. §. 2. *de Pecul.* c) fr. 1. §. 1. *de Novat.* d) fr. 5. pr. *de Pign.* e) fr. 6. §. 2. *de Fidejuss.* f) fr. 1. §. 6—8. *de Pecun. const.* Vergl. die schon in Anm. [10] gen. Stellen. 2) Solche, die nicht alle, oder nicht immer alle diese Wirkungen haben, z. B. die *nat. obl.* aus dem Darlehn eines *fil. fam.* kann während der Dauer der väterlichen Gewalt von diesem nicht novirt werden; 3) solche, welche die bei Anm. [11] erwähnte schwächste Wirkung haben. — Die Bestimmung der Wirkungen für die einzelnen Naturalobligationen ist nur im Einzelnen möglich. Dass hierbei Schwierigkeiten vorkommen, ist ganz unverkennbar, namentlich schon, um nur die einzelnen Gründe und Anzeichen aus dem Rechtsmaterial zusammenzubringen. Am wenigsten gilt das jedoch von solchen, welche eine Wirksamkeit der zweiten Art haben, in sofern aus der Verneinung einzelner Wirkungen der mehreren möglichen auf den Eintritt dieser geschlossen werden kann; dagegen kommen aber unter diesen auch solche vor, denen nur ganz vereinzelte Wirkungen beigelegt werden, wonach sie beinahe bis zur untersten Stufe sinken würden, oder genauer, auf deren Existenz, wie auf die der letzteren aus der versagten *repetitio soluti*, nur

Gegengründe sind aber nur aus dem positiven Recht selbst zu schöpfen und namentlich aus konkurrirenden Rechtsnormen, unter welchen die konkreten Verhältnisse zugleich stehen. Aus dem Bisherigen ergiebt sich, dass das Gemeinsame der einzelnen Naturalobligationen nur von geschichtlicher und von negativer Bedeutung ist. Auch die Ordnung derselben nach den verschiedenen Stufen der Wirksamkeit würde nur eine zufällige Zusammenstellung ohne inneres Band darbieten. Es bleibt daher nichts übrig, als die einzelnen Naturalobligationen im System da zu erwähnen, wo die Rechtsinstitute erörtert werden, unter welche die Verhältnisse treten, für welche sie als mögliche Voraussetzungen in Betracht kommen, oder, soweit es sich noch um ihre anderweite Wirksamkeit handelt, wo ihnen systematische Gründe in der Verbindung mit bestimmt ausgebildeten Rechtsinstituten und in der Ordnung der anderen Obligationen ihren Platz anweisen. Dabei ist dann auch die individuelle Wirksamkeit der einzelnen zu zergliedern und nachzuweisen. Uebrigens aber ist die praktische Bedeutsamkeit dieser ganzen Lehre eine äusserst geringe, und nachdem sogar ein grosser Theil der im R. R. vorkommenden längst

aus der Erwähnung solcher Wirkungen geschlossen und diese aus jener erklärt werden kann, s. z. B. fr. 8. *In quib. causs. pign.* (Vergl. Anm. 14 unter 1). Dass nun deren Wirksamkeit nicht weiter reiche, muss nach m. E. aus denselben Gründen geschlossen werden, aus welchen ich die zweite Hälfte der obigen Doppelregel konstruiren zu müssen geglaubt habe. Diese nämlich gründe ich in ihrer ersten Hälfte darauf, dass dem Begriff der *naturalis obligatio* z. B. in fr. 13. *de Condict. indeb.* als solcher (*et ideo etc.*) eine Mehrzahl von Wirkungen, und zwar die hauptsächlichsten beigelegt werden, und dass für viele rechtliche Erscheinungen, welche nothwendig eine *obligatio* voraussetzen (s. die Stellen vorher unter 1)), die *naturalis obligatio* schlechthin mit der *civilis* auf eine Stufe gesetzt wird, also, mit Ausnahme der Klagen, eine gewisse allgemeine Wirksamkeit hat, welche mithin im Zweifel regelmässig, d. h. wenn nicht bestimmte Gründe dagegen sprechen, mit dem Begriff selbst, der also soweit als ein aprioristischer erscheint, als verbunden zu denken sind. In ihrer zweiten Hälfte gründe ich aber die Regel darauf, dass, wenn in den Quellen eine vereinzelte rechtliche Erscheinung, wie die Unmöglichkeit der *repetitio soluti* (oder auch ein Retentionsrecht, wie in fr. 8. *d.*) zu ihrer eigenen Erklärung auf ein *natura debere* zurückgeführt wird, oder ohne dass es selbst ausdrücklich in den Quellen geschieht, sich nur daraus erklären lässt, (wozu man nach dem Vorgang der Stellen der ersten Art aber nicht nur berechtigt, sondern in Ermangelung anderer Erklärungsgründe auch allemal genöthigt ist, s. Anm. 14), solche einzelne Aeusserungen darum nicht genügen, um eine über sie hinausreichende, also die grössere Wirksamkeit anzunehmen, weil der Umfang dieser selbst kein absoluter ist, sondern für die konkreten Fälle erst gesucht werden muss. Dazu kommt, dass die vereinzelten Aeusserungen nicht nur sehr wohl für sich bestehen können, sondern man auch durch den von ihnen aus an sich gewagten Schluss auf die stärkere Wirksamkeit mit anderen unbezweifelt feststehenden Rechtsnormen in den entschiedensten Konflikt gerathen würde. So z. B. würde durch Ausdehnung der Wirksamkeit der für den Fall des fr. 11. *de Cond. indeb.* (der ganz bestimmt faktischen, also an sich zur *cond. indeb.* geeigneten Irrthum voraussetzt,) darin anerkannten, resp. anzuerkennenden, *nat. obl.* über die *retentio soluti* hinaus die Grundlage der *a. de peculio* völlig erschüttert und umgestürzt werden; so ferner die Wirksamkeit der *res judicata* durch die Ausdehnung der in der gestatteten *retentio soluti* von Seiten des *injuria* absolvirten Schuldners anerkannten *nat. obl.* (Auf das Bedenkliche und praktisch so gut wie Unmögliche dieser Ausdehnung hat auch Flach in der Zeitschrift Bd. XIX. S. 397 ff. gegen Fein neuerlich aufmerksam gemacht, und ich bin natürlich darin mit ihm gleicher Ansicht, dagegen bleibt zwischen ihm wie den Vertheidigern der Ansicht, dass gar keine wirksame *nat. obl.* übrig bleibe, und mir noch der Differenzpunkt, dass ich wenigstens die schwächste Wirkung annehme; diese aber kann ich wegen des fr. 60. pr. *de Condict indeb.* nicht fallen lassen. Vergl. §. 34. Anm. 9).

veraltet ist, ist die Nothwendigkeit einer rechtlichen Entscheidung über eine Naturalobligation eine Seltenheit geworden [20].

B. In der Eingangs enthaltenen näheren Bestimmung der obligationenrechtlichen Verhältnisse ist eine Verschiedenheit derselben darin angedeutet, je nachdem von den beiden in einem solchen stehenden Personen nur eine oder jede der anderen zu einer Leistung verpflichtet ist, wodurch dann manche eigenthümliche Beziehungen entstehen und für diese besondere Normen erforderlich sind. Indessen ist zwischen solchen doppelseitigen Verhältnissen wieder noch in sofern ein Unterschied vorhanden, als manche ihrem Wesen und ihrer Natur nach voraussetzen, dass jede der Personen, zwischen denen sie entstehen soll, Gläubiger und Schuldner der anderen wird, während bei anderen nur gelegentlich und unter Umständen der Gläubiger auch dem Schuldner zu Leistungen verpflichtet und also dessen Schuldner wird. Das Erstere nämlich ist dann nothwendig, wenn gegenseitige Leistungen Zweier in ein solches Verhältniss zu einander treten, dass jede wesentliche Voraussetzung der anderen ist und jede der anderen wegen geschehen soll. Daher werden solche Obligationen gegenseitige genannt, denen dann die übrigen einschliesslich derer, für welche nur die Möglichkeit einer Doppelseitigkeit besteht, als einseitige

[20] Es ist hier noch die Frage zu berücksichtigen, ob im heutigen Recht Naturalobligationen, abgesehen von den besonderen nach R. R. dafür erklärten, nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen vorkommen können? Möglich wäre dies nur 1) durch Vertrag, also so, dass eine bestimmte Obligation klaglos sein oder nur eine von der gewöhnlichen abweichende geringere Wirkung haben solle. Wie selten auch ein Fall der Art sein mag, so sehe ich doch keinen Grund, dies zu verneinen und für unmöglich zu erklären, sondern glaube, dass die allgemeinen Grundsätze von den Verträgen es zulassen. Nur würde der Umfang der Wirkung allerdings zunächst nicht von dem allgemeinen Begriff der Naturalobligation, sondern von der Interpretation des Vertrags abhängen. 2) Durch die Annahme eines naturalen Elements in Verträgen, welche nach allgemeinen rechtlichen Grundsätzen nicht als gültig anerkannt werden können, so dass also nicht nur der Mangel römischrechtlicher Erfordernisse zur Wirksamkeit eines Vertrags wenigstens jenes Element nicht berühre, sondern auch der Mangel solcher, welche erst nach heutigen partikularrechtlichen Rechtsgrundsätzen aufgekommen sind, vermöge einer analogen Beurtheilung ihm ebenso wenig Eintrag thue. Damit aber würde nicht eine dem *jus gentium*, sondern eine dem sog. Naturrecht angehörige Grundlage jedes Vertrags anerkannt, die ich mit diesem selbst ganz in Abrede stellen muss. Mag immerhin eine moralische Verpflichtung angenommen werden, — was im Einzelnen freilich individuellen Ansichten anheimfällt, — von einer Wirksamkeit solcher Verträge, analog der römischen *nat. obl.*, kann um so weniger gesprochen werden, als auch diese im R. R. in ihren einzelnen Erscheinungen nicht auf einem allgemeinen Princip fussen, und aus ihm ohne Weiteres von selbst folgen, sondern speziell anerkannt, resp. erst nachzuweisen sind. Sie stehen also ganz isolirt da, und es kann eine analoge Anwendung von ihnen nicht gemacht werden, da in den dahin zu ziehenden Fällen gar nicht etwa Lücken im Recht (s. §. 5.) gefunden werden können. — Die Unstatthaftigkeit solcher ausdehnenden Annahmen für das reine R. R. sucht Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 49 f. direkt aus fr. 1. §. 2. *de V. O.* und der Möglichkeit der *condictio ob caussam non secutam* zu beweisen. Die Beweiskraft dieser Argumente dahingestellt, so bedarf es solcher nach m. E. ausser dem vorher eingenommenen allgemeinen Gesichtspunkt gar nicht. Wenn er aber nach fr. 5. §. 2. *de Solut.* (coll. c. 3. *de Usur.*) eine Ausnahme bei einfachen Zinsverträgen annimmt, wo die Entstehung einer *nat. obl.* sich vermöge eines besonderen Billigkeitsgrunds aus dem Kapitalgenuss auf der anderen Seite erkläre, so hängt dies mit seiner Anschauung von der Wirksamkeit der *nat. obl.* überhaupt zusammen (s. Anm. [14]); ich sehe darin keine Ausnahme, sondern die gewöhnliche und allgemeine Wirkung einer *nat. obl. ex pacto*, die Unterholzner S. 13. freilich nach seiner Auslegung des fr. 7. §. 4. *de Pactis* leugnet, aber mit vollem Unrecht, s. dagegen §. 96. Anm. [3]. Vergl. Savigny a. a. O. §. 14.

gegenüberzustellen sind [21]. Das Weitere über die Eigenthümlichkeiten der gegenseitigen Obligationen im Allgemeinen mit der Stellung der an einem solchen Obligationsverhältniss Theil nehmenden Personen in diesem wird zweckmässiger in die Lehre von den Verträgen verschoben, da nur aus diesen solche Obligationen entspringen. (S. §. 97. II.)

[21] Gewöhnlich werden die letzteren auch zu den gegenseitigen gezählt, und dann *obl. unilaterales* und *bilaterales* und unter letzteren *aequales* und *inaequales* unterschieden, je nachdem von beiden Seiten eine *directa actio* begründet ist, oder nur von einer Seite und von der anderen eine *contraria;* und da Obl. dieser Art nur durch Konvention entstehen, so wird diese Eintheilung, oder auch die: ein- und zweiseitiger, auch auf die Verträge (und nicht auf die Obl.) bezogen (vergl. Glück Bd. IV. §. 313. Froben zu Thibaut §. 472.). Da nur die im Text unter den gegenseitigen begriffenen Verhältnisse etwas wesentlich Eigenthümliches und Gemeinschaftliches haben, s. §. 97. II., so können auch nur sie aus systematischen Gründen eine gemeinschaftliche Bezeichnung erhalten, während alle anderen ihnen gegenüber dann als einseitige erscheinen, vergl. Thibaut Syst. §. 473. 8. Ausg. Gans Oblig.-R. S. 108 ff. Pfordten Abhdl. S. 310. Puchta §. 232. a. E. Liebe in der Zeitschrift Bd. XV. S. 71 ff. 85 ff. 235. (dessen Ansicht dabei über den Mangel eines Unterschieds zwischen Real- u. Konsens. Kontr. jedoch unrichtig ist). Die Bezeichnung gegenseitig ist aber der Natur des Verhältnisses angemessener. Dass sie auf die Obl. und nicht auf die Verträge bezogen werde, s. Schweppe Röm. Priv.-R. §. 412.) dafür spricht allerdings, dass wirklich die ersteren selbst hierbei in Betracht kommen und nicht blos ihr Entstehungsgrund, und dass die Bezeichnung eines einseitigen Vertrags eigentlich in Widerspruch mit dem Begriff desselben steht; gleichwohl lässt sich, da gegenseitige Obl. nur aus Verträgen entspringen können und diese, soweit nicht andere überwiegende Gründe sich geltend machen, im System derselben zusammengestellt, mithin auch den übrigen entgegengesetzt werden müssen, die Uebertragung der Bezeichnung auf die Verträge selbst der Kürze wegen nicht wohl entbehren, ohne sich fortwährend der umschreibenden, freilich richtigeren Bezeichnungen von „Verträgen, aus welchen einseitige, und solchen, aus welchen gegenseitige Obl. entspringen,“ zu bedienen. Wenn übrigens gegen die obige Begrenzung der gegenseitigen Obl. darauf hingewiesen worden ist, dass doch auch bei den anderen, wo eine Gegenklage, wenn gleich nicht wesentlich und nothwendig, so doch möglich sei, diese aus demselben Verhältniss entspringe und danach benannt werde, jene mithin nicht einseitige genannt werden können, so hat doch das nur Bezug auf die römisch-formale und prozessualische Natur dieser Klagen; vergl. Schilling Inst. Bd. II. §. 108. Deshalb ist es auch nicht erforderlich, dieser Eintheilung der Klagen *in directas* und *contrarias* als einer solchen von einer allgemeinen Bedeutung im System unseres Obl.-Rechts zu gedenken. (Vergl. §. 29. III. z. A.) Zwar ist in fr. 17. §. 3. *Commodati* für solche Verhältnisse gesagt: *invicem geritur negotium*, *et ideo invicem propositae sunt actiones*, und dass *mutuae praestationes* begründet seien, allein hieraus lässt sich kein Gegenargument wider die als richtig bezeichnete Ansicht herleiten; denn der ganze §. entwickelt nur den Gedanken, dass das *commodatum*, die *negotior. gestio* und ähnliche Verhältnisse eine wirklich rechtliche Natur haben, und darum, dass dem einen Kontrahenten in solchen Fällen eigentlich eine Gefälligkeit (*beneficium* und *nuda voluntas*) zu Theil wird, nun nicht dem anderen, von welchem diese ausgeht, freistehe, willkührlich diese Absicht fallen zu lassen, sondern *inter dandum accipiendumve obligatio suscepta sit.* In der That lässt sich die wesentliche Verschiedenheit zwischen den Fällen, in welchen nach R. R. von jeder Seite eine *directa a.*, und denen, in welchen nur von einer eine solche und von der anderen eine *contraria a.* Statt findet, gar nicht verkenen, und sie wird auch nicht verkannt, daher sollte der Widerspruch aufgegeben werden, welcher eine Gleichheit durch den Ausdruck immer noch festhält oder Misverständnisse der Art begünstigt. S. §. 97. II.

§. 83.
Vom Gegenstand der Obligationen überhaupt und deren Verschiedenheiten danach.

Gegenstand der Obligationen sind die Handlungen, welche danach gefordert werden können [1]. Dieser Begriff ist hier in seinem weiteren gewöhnlichen Sinn zu verstehen (s. §. 17. z. A.), er umfasst also das Thun wie das Unterlassen. Der Inhalt der Handlung ist für die Natur der Obligationen gleichgültig, namentlich also, ob sie die Entstehung oder Uebertragung eines Sachenrechts vermitteln, oder ob irgend eine Thätigkeit von anderer Art entwickelt werden soll [2]. In sofern je-

[1] S. §. 11. Anm. [2] Bd. I. S. 83.

[2] Nach fr. 3. pr. *de O. et A.* ist als möglicher Inhalt der Handlungen: *dare*, *facere* und *praestare* genannt; letzteres lässt sich auch vom Unterlassen (wofür auch *pati* und *non facere* vorkommt, fr. 124. *de V. S.* fr. 121. *de R. J.*), ersteres nur von positiver Thätigkeit verstehen; daneben kommen als speziellere Bezeichnungen vor: *tradere*, *exhibere*, *reddere*, und *restituere* (s. folg. Anm.). Fr. 2. *de V. O.* beschränkt sich auf die beiden ersten Begriffe, und fr. 216. *de V. S.* stellt *facere* als einen ganz allgemeinen Begriff für *omnem omnino faciendi caussam* auf. Alle diese Bezeichnungen haben für uns nur ein sprachliches und exegetisches Interesse; *dare* namentlich bezeichnet in einem sehr weiten Sinn zwar jedes Hingeben, gleichviel zu welchem Zweck, s. z. B. §. 2. 4. *I. Quib. modis re contrah. obl.* §. 1. *I. de Consensu obl.* im engeren und eigentlichen aber zu dem der Uebertragung des Eigenthums, s. z. B. Gaius III. §. 90. 91. 99. 141. IV. §. 4. jedoch auch eines anderen Sachenrechts, z. B. fr. 19. *de S. P. R.* fr. 126. §. 1. fr. 136. §. 1. *de V. O.* *Facere* und *praestare* (für letzteres auch konjunktiv *dare facere*) haben allgemeinere Bedeutungen, im Gegensatz zu *dare* aber die, anderer positiver Handlungen, besonders der Leistung des Interesses. Vergl. Schilling Rec. von Marezoll's Abh. in der Zeitschrift Bd. X. S. 219 ff. in den Leipz. krit. Jahrb. 1838. S. 123 ff. Die Klassifikation, welche das R. R. in den drei Begriffen aufstellt, schliesst sich an das römische Aktionensystem an, also unter Rücksicht auf solche Leistungsverschiedenheiten, welche auf Bildung und Richtung der *actio* unmittelbar Einfluss hatten, vgl. Marezoll S. 222 f. Puchta Kurs. d. Instit. Bd. II. §. 165., was für das System unseres Rechts kein Interesse hat. Misverständnisse haben aber zu Meinungsverschiedenheiten von grösster praktischer Bedeutung darüber geführt, was bei nun danach genannten *obl. dandi* und *faciendi* (fr. 13. §. 1. *de Re jud.*, wovon man auch noch solche, die *merum factum* enthalten, unterschied) klagend eigentlich gefordert werden könne und müsse, und worauf die Verurtheilung und die Hülfsvollstreckung zu richten sei, vgl. Sintenis in der Zeitschrift Bd. XI. S. 21 ff. 63 f. Die Resultate dieser Abhandlung, welche zwar prozessualischer Natur, doch vielfach in das Rechtssystem eingreifen und an verschiedenen Orten haben erwähnt werden müssen, (s. §. 29. Anm. [7] ff., u. §. 38. Anm. [4], u. §. 90. bei Anm. [4], u. §. 116. Anm. [60],) halte ich noch jetzt, Wächter's Einwendungen gegenüber (Erört. u. s. w. H. 2. S. 14 ff. 22 ff.), für richtig. (Sie findet sich auch angenommen in einem in d. Thür. Blättern f. Rechtspflege Bd. IV. S. 194 ff. mitgetheilten Erkenntniss der Jur.-Fak. zu Erlangen.) Es handelt sich besonders um die beiden Fragen: ob der Gläubiger die Wahl habe, seine Klage auf den Gegenstand der Obl. selbst, oder auf das Interesse zu richten, (eine Frage, die ihre eigentliche Bedeutung natürlich erst erhalten hat, seit es einen Klaglibell giebt,) und — ob, resp. wie weit das auf den Gegenstand selbst kondemnirende Urtheil in dieser Richtung (im Gegensatz zur Vergütung in Gelde) wirklich exequirbar sei? Während ich die erste Frage bejahe, (vgl. §. 90. bei Anm. [4] und meine cit. Abh. S. 70. 71.) will Wächter, (S. 23.) in Kombination der Quellenstellen der vorjustinianeischen Zeit mit den Aussprüchen Justinian's, die Klage stets auf die schuldige Leistung gerichtet wissen, niemals auf das Interesse, (sowohl nach Formular- wie nach justin. Prozess) und darum dürfe nicht nur der Richter, sondern er müsse stets auf jene, also, wenn eine Sache gefordert sei, auf diese Sache kondemniren. (Nur wenn die Leistung ursprünglich auf das Interesse gehe, oder sich aus besonderen Gründen in eine solche verwandele, z. B. die Sache nicht mehr existire, oder im Fall des Verzugs die Leistung selbst keinen Werth mehr habe, träten Ausnahmen ein.) Hiergegen muss ich mich begnügen dar-

doch in Fällen der ersteren Art die Obligation nothwendig auf eine bestimmte Sache Bezug haben muss (s. nachher Nr. 2. b. β.), ist darin zugleich ein objektiver Schätzungsmaasstab der Leistung vorhanden, was für die Erfüllung und die gericht-

auf zu verweisen, dass der Tit. *de A. E.* fr. 1. mit den Worten beginnt: *si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur*, und dass Justin. (c. 14. *de Sent.*) sagt: *ut liceat judici — aliquid facturum vel daturum pronunciare*, was voraussetzt, dass darauf wirklich geklagt sei (s. meine Abh. S. 50. und 71. s. ferner Savigny System Bd. VI. S. 315 ff. 341 ff. vgl. mit Bd. V. S. 67 ff.) Die zweite Frage anlangend, welche ihre berühmteste Anwendung nach der Verurtheilung des verklagten Verkäufers zur Herausgabe des Kaufobjekts findet, (s. unten §. 116. Anm. [60]) so ist ein grosser Theil von Fällen ausser Streit, und dieser beschränkt sich eigentlich nur auf die Fälle, in denen der Schuldner verurtheilt ist, eine positive Handlung vorzunehmen, im Besonderen eine ihm gehörige Sache auf den Obsiegenden zu übertragen, m. a. W. in denen für letzteren ein Sachenrecht hergestellt werden soll. Hier polemisirt Wächter (S. 25.) besonders gegen Bayer, (Vortr. S. 692 ff. 7. Aufl.) der in Zulassung des Zwangs, schon nach R. R., zu weit gehe, ist jedoch selbst bezüglich der letzteren Fälle der Ansicht, dass hier Wegnahme und Uebergabe an den Gläubiger (also auch an den Käufer) nach justin. Recht zulässig sei, (denn sei nach fr. 68. *de R. V.* Zwang zur Ausführung des *arbitratus judicis* gestattet, so müsse er es bei der eigentlichen *condemnatio* um so mehr sein,) — nur für die Fälle des *facere* im engeren Sinn (d. h. wenn es sich nicht um eine individuell bestimmte Sache handle), finde sich im justin. R. (wie im späteren gemeinen) keine Spur eines auf die Leistung gerichteten Exekutionszwangs. Das, worin Wächter weiter geht, wie ich, also namentlich, wenn er *dare* und *tradere* für exequirbar durch richterliche Gewalt hält, beruht einzig auf fr. 68. *d.*, diese Stelle aber setzt ausschliesslich und recht nachdrücklich *restituere* voraus, dessen Vollziehung durch Zwang freilich erklärbar ist, weil dadurch nur der widerrechtliche Wille des Inhabers gebrochen wird. (S. Bd. I. S. 249. §. 29. Anm. [7].) Bethmann-Hollweg und Wetzell, die derselben Ansicht sind, (vgl. Bd. I. §. 38. Anm. [4]) gründen Alles auf den Schluss, dass aus den den Inhalt des Urtheils betreffenden Vorschriften Justinian's auch die Erzwingbarkeit des darin ausgesprochenen *tradere* und *dare* folge, womit eine neue Befugniss des Richters hergestellt sei (vgl. Bd. I. §. 29. bei und in Anm. [7—10].). Das würde allerdings der Fall sein, wenn der Schluss richtig wäre; hiervon nachher noch weiter. Sieht man sich nämlich nun nach dem praktischen Recht um, so fällt bezüglich der zweiten Frage, von der Exekution, auch in den Ländern gemeinen Rechtens Alles wohl überall in die Partikularprozess- und Exekutionsordnungen. Und diese gehen allerdings in diesem Punkt sehr weit, s. hierüber besonders die bei Wächter S. 27 ff. angeführten Würtembergschen Gesetze, wonach nicht nur dem verurtheilten Verkäufer das Kaufobjekt, sondern auch dem verurtheilten Verpächter der Pachtgegenstand abgenommen und dem Obsiegenden vom Richter übergeben werden soll; desgleichen die Neue Sächs. P.-O. Tit. 39. §. 4., sowie die Alte Churs. P.-O. *tit. eod.* §. 2. 3. 4. Schwerlich wird jedoch verkannt werden, dass man mit solchen Grundsätzen leicht an einem Punkt anlangen kann, wo ihre Anwendbarkeit versagt, und Inkonsequenz oder Willkühr eintreten muss. So z. B. beim Kauf von *rebus fungibilibus* in Quantitäten, oder *ex genere* nach Auswahl des Verkäufers; man denke ferner den Fall, dass Jemand aus einem *pactum de contrahendo, de usufructu constituendo, de mutuo dando* verklagt und verurtheilt worden ist. Allerdings giebt es auch nach R. R. Fälle, in denen der Richter die Befugniss hat, dem Einen sein Eigenthum abzusprechen und zu nehmen und dem Anderen zuzuerkennen und wirklich zu übertragen, (s. Bd. I. S. 249 f. und das. §. 38. Anm. [4]) allein dann ist ihm die Befugniss dazu stets besonders beigelegt. Eine solche durch Folgerung allein aus der gedachten Voraussetzung (weil auf *tradere* erkannt werden dürfe,) zu gewinnen, scheint mir doch sehr bedenklich, man wird dabei leicht weiter gedrängt werden, wie man zuletzt wollen und verantworten zu können geneigt sein wird. Jeden Falls ist es juristisch richtiger und sicherer, nach Anleitung der Begriffe des Tradirens mit seinen Voraussetzungen und Folgen (Bd. I. §. 49. I.), und des blossen Zurückgebens einer Sache zu unterscheiden und daran festzuhalten, und den sonst erforderlichen Willen (des Verurtheilten) zur wirklichen Herstellung eines Rechtsverhältnisses (Eigenthum, Niessbrauch, Darlehn

liche Durchsetzung der Obligation von Wichtigkeit ist, — und ingleichen ist, wenn die Obligation die Zurückgabe einer Sache, die dem Gläubiger vermöge eines Sachenrechts schon unterworfen ist, betrifft, oder die Wiederherstellung eines Zustands, in welchem die Ausübung eines solchen demselben zuständigen Rechts besteht[3], dieser Inhalt der Leistung für die Durchsetzung der Forderung gegen den Schuldner in sofern von Bedeutung, als die Hülfsvollstreckung einen unmittelbaren und physischen Zwang dazu gestattet (s. §. 29. II. a.). Dagegen ist der Inhalt der Handlungen, damit sie Gegenstand von Obligationen werden können[4], theils positiv, theils negativ durch das Recht näher bestimmt, so dass ein Mangel an diesen Eigenschaften die Entstehung eines rechtlichen Verhältnisses hindert. Es ist nämlich: 1) vor Allem, wie schon z. A. des vorigen Paragraphen bemerkt wurde, um eine Handlung überhaupt als von privatrechtlicher Natur erscheinen zu lassen, erforderlich, dass sie für den Gläubiger ein Interesse[5], d. i. einen Vermögenswerth habe (s. das. Anm. [4b]). Hiernach sind namentlich ausser den Handlungen, welche einen eigentlichen Vermögensvortheil für den Gläubiger nicht gewähren, diejenigen ausgeschlossen, wodurch ihm irgend Etwas, sei es Sache, Recht oder Forderung, geleistet werden soll, was bereits zu seinem Vermögen gehört und er also schon

u. s. w.) nicht weiter auszuschliessen, und durch den Richter ergänzen zu lassen, als das R. R. dies ausnahmsweise zulässt. Geht man über diese Grenze einmal hinaus, so reicht auch **Wächter's** Einwendung (S. 26.) gegen die Exequirbarkeit des *facere* im engeren Sinn durch Gefängnissstrafe, „weil ein solcher Zwang bei blos privatrechtlichen Verbindlichkeiten gar zu weit führen werde", nicht mehr aus; sie ist vielmehr schon ein Eingeständniss der Inkonsequenz und Mangelhaftigkeit des angenommenen Grundsatzes. Ebensowenig nun aber dafür spricht, dem Richter so weitgreifende Befugnisse in Begründung von Rechten durch blosse vermeintliche Konsequenzen zu übertragen, entspricht das dem rechtlichen Charakter der hier streitigen Verhältnisse. Besteht nämlich der Gegenstand der Obligationen in den **Handlungen**, die danach gefordert werden können, so berührt das Wesen der ersteren **die** Sachen, welche erst übertragen werden sollen, gar nicht unmittelbar selbst; es ist ja auch zur Gültigkeit der Obl. nicht einmal nothwendig, dass die fragliche Sache dem Versprecher gehöre und zur Disposition stehe. Wie passt hierzu die dem Richter zum Behuf der Exekution eingeräumte Befugniss, in Betreff der Sachen selbst an Stelle des Schuldners Handlungen vorzunehmen, die sonst dessen ausschliesslicher Dispositionssphäre angehören? — Zwischen den Obligationen, je nachdem sie ein *dare* im engeren, eigentlichen Sinn bezwecken, oder ein *facere* im Gegensatz dazu, besteht noch der Unterschied, dass nur die ersteren ein *certum*, d. i. *certa res* oder *certa pecunia* betreffen, die letzteren immer ein *incertum*, wonach denn die Aestimation des Gegenstands der *pecuniaria condemnatio* bei jenen allemal im *certo* einen bestimmten Maasstab fand, bei letzteren nicht, vergl. **Sintenis** S. 66. und die dort Genannten. Daher trifft die Unterscheidung der *stipul. certae* und *incertae* in fr. 72. 112. und 75. §. 7. *de V. O.* mit der der *stipul. dandi* und *faciendi* zusammen. Dieser Unterschied kommt für das heutige Obl.-System allerdings in Betracht, allein lediglich von dieser seiner praktischen Seite, ohne weitere Abhängigkeit von jener römischen unterscheidenden Eintheilung, und in einer systematisch allgemeineren Verbindung, s. Nr. 4) im Text. Vergl. noch §. 102. bei Anm. [33].

[3] *Restituere* begreift das *reddere* in sich, fr. ult. §. 1. *de V. S.* fr. 35. 81. *eod.* fr. 9. §. 1. *de Vi*, fr. 40. §. 2. *de P. A.* §. 2. 3. *I. Quib. mod. re contrah. obl.* Die Bedeutung von *restituere* für Weitergeben von etwas Empfangenem an einen Dritten (s. z. B. §. 2. *I. de Fidcss. hered.*) kommt hier nicht in Betracht.

[4] Das Meiste der folgenden näheren Bestimmungen und somit des ganzen §. hat allerdings vorzugsweise und zum Theil ausschliesslich auf Obl. aus Verträgen Bezug, doch aber nicht Alles. Deshalb habe ich diese Lehren hier behandeln zu müssen geglaubt, um so mehr, als sie mit dem allgemeinen Wesen der Obl., abgesehen von ihrem Ursprung, in Verbindung stehen. Vom Inhalt des folg. §. gilt dasselbe.

[5] Fr. 6. §. 6. *Mandati*, fr. 32. *Locati*, fr. 38. §. 17. *de V. O.*

hat[6] — und ebenso diejenigen, welche Vermögensinteressen Dritter betreffen[7]. Doch ist es nicht unmöglich, dass der Gläubiger dabei in irgend einer Weise, vermöge seiner rechtlichen Stellung zu diesen, betheiligt und dann die Obligation wegen seines Interesses auch für ihn wirksam werde[8]. Dieser Punkt aber gehört einem noch weiter reichenden Kreis an, aus welchem er wegen seiner Verbindung mit anderen Fragen über die Betheiligung dritter Personen an Obligationen ausser denen, zwischen welchen sie entstanden sind, nicht weiter herausgenommen werden kann (s. §. 102. z. A.). — Dass schon der Zweck, zu welchem eine Obligation eingegangen wird, ein solches Interesse in sich schliesse, ist aber nicht nöthig[9], und daher ist es möglich, — und neben diesem Erforderniss für Fälle der Art das einzige Mittel, — beliebige und mit Vermögensinteressen ausser Zusammenhang stehende Umstände in der Form von Bedingungen mit Obligationen in Verbindung zu setzen, so dass es dann nur auf die rechtliche Möglichkeit der Bedingung ankommt[10]. Daher kann ferner ein sog. Affektionsinteresse, d. i. ein solches, welches keinen in Geld schätzbaren Werth hat, sondern auf individuellen Empfindungen beruht, nicht Gegenstand einer Forderung sein, nur ist damit nicht ein besonderes, aus eigenthümlichen Verhältnissen für den Gläubiger entspringendes Vermögensinteresse zu verwechseln; hierüber das Weitere in der Lehre vom Interesse als Gegenstand einer Obligation im Besonderen (s. §. 86.).

2) Die Handlung, welche Gegenstand einer Obligation werden soll, muss möglich sein[11], und zwar sowohl nach den Gesetzen der Natur, als nach denen des positiven Rechts. *a.* Die ersteren schliessen daher die Handlungen aus, welche menschlichen Kräften absolut, nicht relativ denen des Schuldners[12], oder doch der Zeit nach unmöglich sind[13]. Hiernach gehören zu den unmöglichen Handlungen

6 Vergl. S. 24. cc. u. Anm. 25, u. s. noch fr. 58. *de V. O.* Daneben bestehen jedoch, ohne dass etwa darin ein Widerspruch läge, die Institute der Novation (s. dies. Stelle) und des Constitutum, denn diese haben ihre besonderen Zwecke und Eigenschaften.

7 §. 19. pr. *I. de Inutil. stipul.*

8 §. 20. *eod.* fr. 38. §. 20 flg. *de V. O.*

9 Fr. 11. *de Religios.* fr. 38. §. 17. *de V. O.* vergl. mit §. 7. *I. de V. O.*

10 Fr. 61. 69. 123. 134. pr. *de V. O.* §. 19. *I. de Inutil. stipul.*

11 Fr. 185. *de R. J.* fr. 31. *eod.* fr. 35. pr. *de V. O.* §. 1. 2. *I. de Inutil. stip.* fr. 1. §. 9. *de O. et A.* (unmögliches Geben oder Thun) fr. 1. §. 11. fr. 31. *de O. et A.* (unmögliche Bedingungen) die dabei zuweilen erwähnte Unbekanntschaft des Gläubigers mit der Unmöglichkeit der Erfüllung der Obl. ist nicht etwa Bedingung der Ungültigkeit, so dass entgegengesetzten Falls der Vertrag gälte, §. 1. 2. *I. d.* fr. 1. §. 9. *d.* die Bekanntschaft wäre nur ein noch stärkeres Hinderniss für die Gültigkeit. Vergl. Savigny Obl. Bd. II. S. 289.

12 Fr. 35. pr. 69. 97. pr. *de V. O.* wegen relativer Unmöglichkeit s. fr. 137. §. 5. *eod.*

13 §. 5. *I. de V. O.* vgl. Savigny System Bd. III. S. 202 f. Wenn eine Leistung nothwendig einen Zeitraum voraussetzt, und dieser den Umständen nach zu kurz gegriffen ist, so soll er nach rechtlichem Ermessen verlängert werden, fr. 58. §. 1. *Locati*, so dass die Frage von dem Interesse wegen der Nichterfüllung danach beurtheilt wird. Diese Bestimmung, wonach also dann die Obl. gilt, die Zeitbestimmung aber nicht, steht dem obigen Satz nicht entgegen, indem für denselben solche Zeitbestimmungen, auch rücksichtlich der Frist zur Ausführung, zu verstehen sind, dass die Unmöglichkeit der Leistung von vornherein feststand, mithin sogar die Ernstlichkeit der Uebereinkunft in Zweifel zu ziehen ist, so z. B. die Verpflichtung des Beispiels in §. 5. *d.* — andererseits z. B. die Anfertigung eines Oelgemäldes binnen so kurzer Zeit, dass die untergelegten Farben nicht trocknen und also nicht übermalt werden können. Auch die physische Unmöglichkeit kann durch neue Entdeckungen Veränderungen erfahren. In concreto kommt es also darauf an, ob das Objekt der Oblig. zu der Zeit unmöglich war, wo letztere eingegangen wurde, sei es auch später möglich geworden; doch kann dies auch *in conditione* einstweilen schweben.

auch die Leistungen von Sachen, welche gar nicht vorhanden und auch nicht im Werden begriffen sind [14], nicht aber solche, welche den Werth vorhanden gewesener Sachen betreffen [15], und welche über die Vermögenskräfte des Schuldners gehen [16]. Dass eine Handlung nur für jetzt unmöglich ist, vielleicht aber nicht in der Zukunft, ändert nichts daran, es kommt also für jenen Begriff auf die Zeit nicht an, wo die Obligation entstehen sollte [17]. Dagegen aber ist eine an die Bedingung der eintretenden Möglichkeit geknüpfte Obligation statthaft und wirksam [18], und namentlich auch, wenn das Existentwerden der Sache, worauf sich dieselbe bezieht, in die Bedingung gestellt ist, was bei solchen Dingen, von welchen dies den Naturgesetzen gemäss zu erwarten ist, häufig und kraft stillschweigender Voraussetzung geschieht [19].

b. In Uebereinstimmung mit dem Recht ist eine Handlung dann möglich, wenn sie danach den beabsichtigten Zweck erreichen kann und ihr rechtliche Wirksamkeit beigelegt wird. Rechtlich unmöglich sind also:

α. alle die Handlungen, welchen ein privatrechtlicher Charakter überhaupt nicht beigelegt ist, und welche Wirkungen herbeiführen sollen, die dem Recht fremd oder gar demselben zuwider sind. Meist wird es schon für die Verhältnisse, kraft deren sie geschehen sollen, an Rechtsinstituten fehlen, unter welche sie gestellt werden können, oder sie werden damit in Widerspruch stehen. Einen besonderen Platz unter ihnen nehmen die verbotenen Handlungen ein, zu denen auch die unsittlichen und unschicklichen gehören [20].

14 §. 1. *I. de Inutil. stipul.* fr. 8. pr. *de Contr. emt.* (*init.*) fr. 15. pr. 57. pr. *eod.* fr. 69. 97. pr. 103. *de V. O.* fr. 1. §. 9. *de O. et A.* Die Worte in dieser Stelle: *inter eos qui ignoraverint*, sind nicht sowohl gerade als eine Beschränkung zu verstehen, als vielmehr von den Umständen, unter welchen eine Obligation über einen nicht existirenden Gegenstand gewöhnlich zu Stande kommen wird, s. §. 97. bei Anm. 7. — Im Werden begriffene Sachen, *quae nondum sunt, futura tamen sunt*, m. a. W. *fructus pendentes* (s. §. 69. 5., und §. 41. 2. Bd. I. S. 427.) können, da der Grund ihres Existentwerdens in einer natürlichen Nothwendigkeit beruht, allerdings Gegenstand von Obl. werden, s. fr. 8. pr. *de Contr. emt.* fr. 73. pr. *de V. O.*

15 Denn hier ist der Werth des Objekts und dessen Leistung immer möglich, wenn er nur zu messen ist.

16 Fr. 137. §. 4. *de V. O.*

17 Das ist aus den Stellen, welche das Obige aus dem Gesichtspunkt der rechtlichen Unmöglichkeit behandeln, zu schliessen, s. fr. 72. §. 4. *de Solut.* fr. 83. §. 5. fr. 87. 98. pr. *de V. O.*

18 Das beruht auf einem ähnlichen Schluss, wie dem der vor. Anm. aus fr. 34. §. 2. *de Contr. emt.* und zwar *per arg. e contrario* (s. auch noch folg. Anm.); die darin erwähnte Unzulässigkeit der Bedingung würde allerdings auch für den im Text vorausgesetzten Fall im Allgemeinen eine solche Obligation wirkungslos machen, indessen lässt sich in Anwendung auf physische Unmöglichkeit eine Annahme ihres Wegfalls nach den Regeln von der Statthaftigkeit der Bedingungen kaum als unzulässig denken.

19 Fr. 8. pr. *de Contr. emt.* Etwas Besonderes ist die in §. 1. *eod.* vorkommende *emtio spei*, für welche die *spes* auch *sine re* das Objekt ist.

20 Der erste Satz folgt aus allgemeinen Grundsätzen, s. auch fr. 7. §. 16. *de Pactis* (*a jure communi remotum*); fr. 27. §. 4. fr. 28. pr. 38. *eod.* c. 6. *de Pactis* c. 5. *de Legib.* Anwendungen davon s. z. B. in fr. 64. §. 1. *de Condit. et demonstr.* fr. 2. 6. 12. §. 1. fr. 16—18. 27. *de Pactis dotal.* coll. fr. 2. *de J. D.* u. fr. 1. *Soluto matrim.* fr. 1—3. *de Donat. inter vir. et ux.* S. noch §. 97. z. A. die ersten Anmm. Der zweite ist ausdrücklich bestätigt: 1) in einer Anzahl von Stellen, welche im Allgemeinen solche Verträge untersagen, die etwas Verbotenes oder Unsittliches und Unschickliches bezwecken, oder befördern, oder deren Motive unsittlich sind, s. z. B. a) fr. 7. §. 16. *d.* (*pro quibus pacisci non licet*), fr. 35. §. 1. *de V. O.* (*quod leg. fieri prohibent*); b) fr. 26. 27. pr. *eod.* fr. 57. *Pro socio*, §. 7. *I. de Mandato*, fr. 27. §. 3. *de Pactis*, fr. 15. *de Condit. institut.*; c) §. 4. *eod.*; d) fr. 7. §. 3. *eod.* fr. 1. §. ult. fr. 2. pr. *de Cond. ob turp.*; e) fr. 2. §. 1. fr. 9. *eod.*; f) c. 4. *de Inutil. stipul.*; 2) in

β. die Handlungen, welche Leistungen solcher Sachen oder von Rechten an ihnen betreffen[21], die entweder gar nicht Gegenstand eines Privatrechts sein können, oder einer privatrechtlichen Verfügung in dieser Hinsicht entzogen sind, oder welche Demjenigen schon in der Richtung unterworfen sind, welchem die desfallsige Leistung geschehen soll. Es gehören hierher:

aa. Die dem Verkehr entzogenen Sachen[22] (s. §. 40. I.). Die Bedingung, dass sie diese Eigenschaft ablegen, ändert hierin so wenig etwas, als diese Möglichkeit überhaupt, und eine Obligation wird durch deren Hinzufügung nicht gültig[23].

bb. Die Sachen, deren Veräusserung verboten ist[24] (s. §. 38. und §. 33. Anm. [16]).

cc. Die Demjenigen schon gehörigen Sachen, welchem durch eine Obligation erst ein Anspruch darauf zu Theil werden soll[25]. Der Werth einer solchen

einer Anzahl ausdrücklich verbotener spezieller Verträge, s. z. B. fr. 53. *de Pactis*, u. §. 71. Bd. I. S. 620. 1). (Das Verbot des in c. 1. *Sine censu* erwähnten Vertrags wird nach c. 2. u. 3. *eod.* zweifelhaft, ich halte es auf jeden Fall für antiquirt, da es nur einen staatsökonomischen Zweck hatte.) In der Anwendung des Begriffs der Unsittlichkeit und Unschicklichkeit auf gewisse Handlungen ist freilich ein Wechsel der (allgemeinen) Ansichten hin und wieder möglich, so bei den Erbverträgen, die nach fr. 15. §. 1. *ad Leg. Falcid.* fr. 16. *de Suis* und c. 4. *de Inutil. stipul.* verboten, nach heut. Recht aber gültig sind, indessen hat diese Aenderung zugleich eine historische positive Grundlage. Von anderen bestimmten im R. R. für *turpes* und *contra bonos mores* erklärten Handlungen wüsste ich aber keine, von der sich behaupten liesse, dass sie wegen eines solchen Wechsels der Ansichten nicht mehr dafür zu halten, sondern nunmehr ein gültiger Gegenstand einer Obligation geworden sei. Individuelle Ansichten können freilich über diese Eigenschaften einzelner nicht ausdrücklich dafür erklärter Handlungen Meinungsverschiedenheiten veranlassen (vergl. fr. 15. *de Condit. institut.*).

[21] Dies wird nicht selten so ausgedrückt, es seien die Verpflichtungen, welche solche Sachen zum Gegenstand haben, ungültig, — was zu dem Misverständniss Anlass geben kann, als könnten von den dazu Berechtigten in Bezug darauf nicht einmal Obligationen zu Dienstleistungen und Arbeiten, Ausbesserungen, zum Transport u. dergl. eingegangen werden. Es sind aber nur solche Handlungen gemeint, welche Sachenrechte übertragen sollen.

[22] §. 2. *I. de Inutil. stipul.* fr. 83. §. 5. *de V. O.* fr. 1. §. 9. *de O. et A.* fr. 34. §. 1. 2. *de Contr. emt.* Die beiden ersten und die letzte Stelle beweisen auch den Satz der folg. Anm. — Uebrigens gilt hier dasselbe von der Bekanntschaft und resp. Unbekanntschaft der Betheiligten mit dieser Eigenschaft der Sachen, was Anm. [14] von der der Nichtexistenz der Sachen gesagt ist, s. fr. 4. 22. 23. *de Contr. emt.* §. ult. *I. de Emtione.*

[23] S. vor. Anm. z. A. Die in c. 1. 2. 3. 4. *Quae res venire*, c. 11. *de Vectigal. et com.* fr. 35. §. 2. *de Contr. emt.* enthaltenen Verbote des Verkehrs mit gewissen Gegenständen, die nicht als *commercio exemtae* erscheinen (vergl. §. 40. Anm. [4] a. E.), sind antiquirt. Dagegen ist in gewisser Weise ein neuer hinzugekommen, es sollen nämlich nach der Reichs-Pol.-Ordn. v. 1577. Tit. 19. §. 3. die Früchte auf dem Halm nur um den geltenden Marktpreis, oder um den 14 Tage nach der Ernte, verkauft werden dürfen. (S. dagegen z. B. fr. 8. pr. 39. §. 1. *de Contr. emt.*)

[24] Auch hier gilt die Bemerkung der Anmm. [22] und [14]. Auch eine bedingte Veräusserung, auf den Wegfall des Verbots, halte ich für unwirksam, weil ja dem Verbot dennoch, wegen der rückwirkenden Kraft der Bedingung, während seines Bestehens zuwidergehandelt werden würde.

[25] Fr. 29. §. 1. fr. 82. pr. *de V. O.* §. 2. *I. de Inutil. stipul.* §. 14. *I. de Action.* Dieser Satz beruht auf der Nothwendigkeit, dass, was Jemand rechtlich schon hat, er nicht nochmals erst erlangen kann, welcher sich noch weiter erstreckt, nämlich sowohl auf Dienstbarkeiten oder Pfandrechte an eigenen Sachen, wie an fremden Sachen, woran man ein solches Recht schon hat, als auch auf zuständige Forderungen. Es sind mithin die darauf bezüglichen Leistungen unmöglich, sobald die Identität ihres Inhalts mit jenen Rechten feststeht. Diese Unmöglichkeit aber bedarf keiner abgesonder-

Sache [26] aber, oder die Verschaffung des dem Eigenthümer einer Sache fehlenden Niessbrauchs [27] und der Freiheit von anderen Beschränkungen und Servituten [28], kann wie die des Besitzes [29] oder nur der Detention, also namentlich auch die Zurückgabe fremder Sachen überhaupt [30], allerdings Gegenstand einer Obligation werden. Nicht minder ist die Leistung der dem Gläubiger jetzt gehörigen Sachen unter der Bedingung möglich, dass sie ihm nicht mehr gehörig sein werden [31], während die Obligation ohne solche freilich nicht dadurch von selbst gültig wird, dass sie dies zu sein aufhört [32], und in Betreff einer fremden Sache unter der Bedingung, dass sie dem Gläubiger gehörig werde, wiederum ungültig sein muss [33].

3) In der Mitte zwischen den bisher aufgezählten beiden Arten von Bestimmungen liegt eine dritte, die in Betreff der Handlungen dritter Personen, sei es an den Gläubiger oder an Vierte, und der Handlungen des Schuldners aus einer Obligation zu Gunsten Dritter, sowie der Leistung der diesen für jetzt gehörigen Sachen oder von Rechten an ihnen und für dieselben. Es fehlt nämlich auf den ersten Blick theils an dem Vermögenswerth solcher Handlungen für den Gläubiger, theils an der natürlichen wie rechtlichen Möglichkeit derselben, theils an beidem, und danach scheint es, müssen alle diese Handlungen von dem Inhalt der Obligationen ausgeschlossen werden. In der That ist auch eine Obligation, wonach der Schuldner verspricht, dass ein Dritter etwas leisten oder thun werde, schlechthin für ungültig erklärt [34]. Dieser Punkt aber wird passender in die Lehre von den Verträgen verschoben, indem er bei der Frage, ob und in wiefern dritte Personen durch den Vertrag der Kontrahenten Gläubiger oder Schuldner werden können, in weiteren Betracht gezogen und entfaltet werden muss (s. §. 102. z. A.). Mit dem zweiten Punkt, den Leistungen des Schuldners an Dritte, verhält es sich aus gleichem Grunde ebenso. Der letzte Punkt hingegen, Leistungen fremder Sachen und in Bezug auf sie, muss hier noch seinen Platz finden. Der Grundsatz, dass eine Veräusserung nur dann möglich ist, wenn der Veräussernde dazu befugt gewesen (§. 38. z. A.), schliesst ebenso wenig die Möglichkeit aus, Obligationen einzugehen, welche eine

ten, ausdrücklichen Erwähnung, denn Forderungen der Art können schon darum nicht entstehen, weil es für den Gläubiger am Interesse fehlt und sie für ihn einen Vermögenswerth nicht haben können, s. im Text Nr. 1) und vergl. Anm. [6]. Streng genommen bedürfte es daher auch hier der Aufnahme des obigen Satzes in den Text nicht, indessen wird er, und zwar unter Hinweisung auf die gedachte Nothwendigkeit (*nec res quae jam actoris est*, *magis ejus fieri potest*, §. 14. *I. d.*), in den Quellen wenigstens ausdrücklich angeführt, und ist auch des Gegensatzes wegen im Zusammenhang nicht wohl zu entbehren. S. noch folg. Anm.

26 Fr. 82. pr. *de V. O.* was hier von der Sache gesagt ist, gilt nun auch natürlich von den übrigen in der vor. Anm. gedachten Rechten.

27 Fr. 56. §. 6. *de V. O.*

28 Dies kann, wenn es auch in den Quellen nicht wie vom Niessbrauch ausdrücklich gesagt ist, keinem Bedenken unterliegen; nur freilich die Hinwegschaffung der gesetzlichen Beschränkungen aus öffentlichem Interesse, — s. §. 47. a. E. — ist nach b. *a*) wieder rechtlich unmöglich, indem *jus publicum pactis privatorum mutari non potest.*

29 Auch das ist völlig unbedenklich. Dass der Eigenthümer in diesen Fällen schon Klagen zu demselben Zweck hat, ist gleichgültig; sein Interesse besteht gerade darin, ohne d i e s e anzustellen, zum Zweck zu gelangen.

30 S. Anm. [3]. Es ist dabei auch gleichgültig, ob Der, an welchen die Zurückgabe vermöge der Obligation geschehen soll, Eigenthum oder selbst nur rechtmässigen Besitz der Sache hatte, sondern auf diese Begriffe kommt es dabei ganz und gar nicht an; s. fr. 16. *Commodati*, fr. 22. §. 2. *de P. A.* fr. 1. §. 39. *Depos.*

31 Dies folgt ebenfalls aus allgemeinen Grundsätzen und aus der Analogie des Satzes bei Anm. [18] u. [19]; s. auch fr. 98. pr. *de V. O.*

32 Fr. 72. §. 4. *de Solut.*

33 §. 22. *I. de Inutil. stipul.*

34 §. 3. *eod.* fr. 65. *de Fidejuss.* fr. 38. pr. §. 1. fr. 83. pr. *de V. O.*

Veräusserung fremder Sachen zum Gegenstand haben, als die Ungewissheit oder die Unmöglichkeit, deren Eigenthümer zu dem vermittelnden Schritt zu bewegen[35]. Denn es ist Sache des Schuldners, wie er diese Hindernisse beseitige[36], was an sich nicht nothwendig unmöglich ist, und es tritt entgegengesetzten Falls der Werth der Sache und das Interesse des Gläubigers an der Leistung an die Stelle ihres eigentlichen Gegenstands[37]. Dagegen ist es rechtlich unmöglich, Jemandem die Bestellung einer Realservitut für Grundstücke zu versprechen, die ihm nicht gehören, denn es fehlt dabei für ihn am Interesse, es sei denn, dass der künftige Erwerb als Bedingung gestellt ist[38]. — Verschieden von dem bisher vorausgesetzten Fall ist der Bezug von Handlungen auf Anderen gehörige Gegenstände, welche nicht die Veräusserung zum Zweck haben; diesen steht in keiner Weise ein Hinderniss entgegen, Inhalt von Obligationen zu werden, wenn sie den übrigen allgemeinen Erfordernissen entsprechen, mögen sie dem Gläubiger oder dritten Personen gehören; für den letzteren Fall wird jedoch namentlich das Interesse des Gläubigers entscheidend sein[39].

4) Ein anderweites Erforderniss der Handlungen, um Inhalt einer Obligation werden zu können, ist deren Bestimmtheit[40]. Auch dieses hängt theils mit dem ersten, theils mit dem zweiten Erforderniss zusammen, denn eine unbestimmte

[35] Fr. 137. §. 4. in f. *de V. O.* fr. 28. *de Contr. emt.*

[36] Fr. 137. §. 4. *d.*

[37] Nach fr. 71. §. 3. *de Leg.* I. ist, wenn der Gegenstand nur um einen übermässigen Preis zu haben wäre, anzunehmen, dass nur dessen wahrer Werth zu leisten ist. Was übrigens in dieser Stelle und denen der beiden vor. Anmm. von der Leistung von Sachen selbst gesagt und also vom Eigenthum daran zu verstehen ist, muss natürlich auch von anderen Sachenrechten gelten.

[38] Fr. 98. pr. *de V. O.*

[39] S. auch vorher im Text bei Anm.[30].

[40] Mit dem obigen Erforderniss der Bestimmtheit ist nicht zu verwechseln der römische Begriff des *certum* im Gegensatz zum *incertum*. Im R. R. wird der Mangel jenes Erfordernisses als eine *imperfecta obligatio* bezeichnet, fr. 115. pr. *de V. O.* Anwendungen davon s. fr. 94. 95. *eod.* c. 17. *Mandati.* Der Gegensatz des *certum* und *incertum* hingegen hat nur Bezug auf die *intentio* in der Klageformel, und das *incertum* ist nicht absolut zu verstehen, sondern: *sc. ex ipsa pronuntiatione* (fr. 74. 75. pr. *de V. O.*), vergl. fr. 9. pr. §. 1. fr. 24. *de R. C.* u. fr. 5. §. 1. *de Usufr. ear. rer.* fr. 35. *de S. P. R.* fr. 12. §. 2. *de Condict. furt.* S. darüber Gans üb. Röm. Obl.-R. S. 75 ff. (dazu Rubo über Theilbark. d. Obl. S. 25 ff.) u. Zimmern röm. Proz. §. 61. Danach werden denn *certae* und *incertae stipul.* und auch *contractus* (fr. 9. *de R. C.*) benannt. Das Resultat daraus ist nun, dass das, was nach römischen Begriffen als *incertum* erscheint, keineswegs immer mit dem des Unbestimmten im obigen Sinn zusammentrifft, sondern oft nur etwas bestimmbares Unbestimmtes, mithin sehr wohl gültiger Gegenstand einer Obligation sein kann, s. z. B. fr. 75. §. 3. *de V. O.*, dass ferner ein vom Gläubiger aus mehreren zu wählender Gegenstand die *obl.* als *certa* erscheinen lässt, während sie nach unseren Begriffen als (vorläufig) unbestimmte aber bestimmbare erscheint (§. 8. *eod.*). Sind wir aber zu einer solchen Gestaltung der Begriffe genöthigt oder berechtigt? und weshalb unterscheiden wir überhaupt auf eine von der römischen abweichende Weise? Die erste Frage hoffe ich durch die ganze Darstellung im Text beantwortet zu haben, es handelt sich dabei nicht um historisch-rechtliche, sondern um philosophisch-rechtliche Verschiedenheiten, die wirklich vorhanden sind; die zweite aber beantwortet sich eben dadurch, dass der historische Unterschied nicht mit dem philosophischen übereinstimmt, ersterer vielmehr für uns antiquirt ist. Dass die römischen Mittel zur Bestimmung des Unbestimmten von dieser Verschiedenheit nicht berührt werden, versteht sich von selbst, da sie von materiell-rechtlicher Natur sind, und niemals dazu dienen, etwas nach unseren, hierin mit den römischen ganz übereinstimmenden, Begriffen unbestimmbares Unbestimmtes zu bestimmen. — Diese Bemerkung ist wegen der Anwendung der Quellenzeugnisse in den ff. Anmm. nicht ausser Acht zu lassen.

Handlung kann keinen Vermögenswerth haben, und auch nicht geleistet werden. Indessen bedarf dieser Begriff selbst näherer Bestimmung und seine Anwendung bietet nach vielen Seiten hin wichtige Erscheinungen dar, so dass ihm ein besonderer Abschnitt gebührt. Vor Allem ist der Begriff des Bestimmten nicht von festbegrenzter Individualität der Handlungen und ihres Inhalts zu verstehen, sondern von deren Summe; diese letztere nur muss eine bestimmte sein, und das ist sie immer, sobald nur ein Mittel vorhanden ist, um sie festzustellen, und ein Maasstab, um sie zu messen, mögen eine oder mehrfache und wiederkehrende Handlungen geschehen oder ein Unterlassen eintreten sollen. Es muss also feststehen, oder sich ermitteln lassen, was überhaupt geleistet werden soll, wie viel, und von welcher Beschaffenheit [41]. Ist dies nicht möglich, so ist die Obligation ungültig, und dahin gehört denn namentlich auch der Fall, wenn die Leistung oder ihr Betrag in die Willkühr des Gläubigers oder des Schuldners gestellt ist [42]. Erst der Gegensatz aber des Bestimmten und seine nähere Begrenzung kann den Begriff des Unbestimmten allseitig freistellen. Bestimmt ist vor Allem der Gegenstand der Obligation, wenn eine individuell bestimmte Sache danach geleistet werden soll, diese also der Art [43], dem Umfang und der Eigenschaft nach von vornherein feststeht. Sollen fungible Sachen geleistet werden, so ist, weil ihrer Natur nach auf die einzelnen nichts ankommt, die Obligation dem Gegenstand nach bestimmt, sobald sie der Zahl [44]

[41] Fr. 74. *de V. O.* — *quid*, *quale*, *quantumque* — fr. 75. pr. *eod.* fr. 6. *de R. C.* Ob nun eine Bestimmtheit der Art vorhanden sei, kann sehr von den Umständen des Einzelfalls — namentlich auch von der Ortsbestimmung, wenn eine solche unerlässlich für die Frage, was? ist, s. z. B. fr. 115. pr. *de V. O.* — und der Bezeichnungsweise in Anwendung auf sie abhängen, s. z. B. fr. 75. §. 5. *eod. oleum etc. quod in horreo est*, §. 6. *eod.* nur kann freilich dann der Beweis u. U. sehr schwer, ja wohl — z. B. durch Untergang des Objekts — die Unmöglichkeit eingetreten sein, z. B. das *quantum* selbst nur sicher anzugeben. — Uebrigens ist hier der Begriff leisten ganz allgemein, d. h. sowohl vom römischen *dare* als *facere* im engeren Sinn (s. Anm. [2]) zu verstehen. Vergl. bei Anm. [58].

[42] Gewöhnlich werden in Bezug auf den Schuldner, während des Gläubigers gar nicht gedacht wird, als beweisende Stellen genannt: fr. 17. 46. §. ult. fr. 108. §. 1. *de V. O.* und fr. 7. pr. *de Contr. emt.* Diese Stellen beziehen sich direkt auf die Frage, ob überhaupt ein Schuldverhältniss bestehen solle. Indirekt fliesst aber allerdings jener Satz für den Schuldner auch daraus, weil es auf Eins hinauskommt, wenn ihm freisteht, ob er überhaupt etwas, oder was und wieviel er leisten will. Es folgt jedoch der obige Satz im Ganzen nothwendig aus den in Anm. [65] entwickelten Gründen. Der Satz konnte im obigen Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, während der Gegensatz, dass und wie einem Dritten eine solche Entscheidung anheim gegeben werden könne, erst weiter unten ebenfalls des Zusammenhangs wegen folgen kann.

[43] Dieser Begriff ist hier als dem der *species* entsprechend zu verstehen, im Gegensatz zur Gattung (*genus*), s. nachher oben bei Anm. [48]; daher ist die Obligation, *insulam fieri*, nichtig, wenn nicht der Ort dazu auch feststeht, fr. 95. *de V. O.* (übrigens muss für die *insula* in dieser Stelle, auch wenn der Ort bestimmt wäre, natürlich nach fr. 74. *eod.* noch das *quale* und *quantum* feststehen).

[44] Ob die Zahl erst durch Berechnung zu finden ist, ist gleichgültig, z. B. diejenige Zahl Backsteine von einer bestimmten kubischen Grösse, welche zu einer Mauer von bestimmter Höhe, Länge und Stärke erforderlich ist; von den Beispielen in Anm. [57] sind Fälle dieser Art darin verschieden, dass die Voraussetzungen hier schon feststehen, die Summe sicher zu berechnen, dort aber erst erwartet werden. Eine andere Frage ist die, ob Summen solcher *rer. fungibil.*, die z. B. regelmässig nach Zahlen, oder regelmässig nach dem Gewicht bestimmt werden, auch umgekehrt und auf andere ungewöhnliche Weise als gültig festgestellt betrachtet werden können? z. B. ein Pfund Dukaten oder Wein, oder: ein Scheffel voll preussischer Thaler. Ich sehe keinen Grund, dies zu verneinen, wenn auch im letztgedachten Fall bei verschiedenen Messungen verschiedene Zahlen sich finden können; die Differenz kann immer nur eine geringe sein

und Eigenschaft nach[45] angegeben sind; doch braucht die Eigenschaft nicht ausdrücklich bestimmt zu sein, wenn sie entweder nach der Natur des Geschäfts oder der Art dieser Sachen sich von selbst versteht, wie bei Geldzahlungen vom Gelde, oder wenn der Gläubiger sich mit Sachen von der geringsten Güte begnügen will. Dieses letztere ist dann immer anzunehmen, wenn eine Eigenschaft gar nicht näher angegeben ist, nur muss freilich der Gegenstand dann wenigstens aus der Bezeichnung hinlänglich kenntlich sein, um nicht darüber, was eigentlich geleistet werden soll, ganz in Zweifel zu bleiben[46]. Nun ist es aber keineswegs erforderlich, dass diese Bestimmtheit von Entstehung und Anfang einer Obligation an solchergestalt feststehe[47], ihr Gegenstand kann vielmehr von vornherein unbestimmt, dennoch aber die Obligation gültig sein, nämlich wenn er nur wenigstens bestimmbar, d. h. wenn ein Mittel und ein Maasstab der vorhergedachten Art vorhanden ist. Eine solche Unbestimmtheit besteht in Ansehung der Leistungen, welche keine fungible Sachen betreffen, dann, wenn nichtfungible Sachen nur der Gattung nach[48] (Obl. generis) oder mehrere Leistungen zur Auswahl (Obl. alternativa) bestimmt sind[49], und das Mittel, sie zu heben, ist die Wahl, die sowohl dem Schuldner wie dem Gläubiger zustehen[50], als auch einer dritten Person anheimgegeben sein kann[51]. Dem Schuldner steht die Wahl, wenn nicht etwas Anderes ausgemacht worden, immer[52], und dabei die Bestimmung seines Entschlusses bis zur Leistung selbst frei, und dem Gläubiger noch in der Klage[52a], es sei denn, dass eine den Willen

und jeden Falls ist doch auch die geringste Zahl gemeint gewesen, mit welcher der Gläubiger zufrieden sein sollte, und der Schuldner es um so mehr sein muss.

45 Fr. 94. *de V. O.* Die Eigenschaft kann hier nicht durch das *genus* vertreten werden, sondern dieses muss auch *certum* sein, fr. 75. §. 1. 2. *eod.* nach diesen Stellen reicht der Begriff gut nicht aus, sondern nur der des Besten; indessen ist dies nur von *incertum* im röm. Sinn zu verstehen, nicht von der unbestimmbaren Unbestimmtheit (s. Anm. 40), vgl. daher Anm. 55. Uebrigens können *res fungib.* auch der Individualität nach allein hinlänglich bestimmt sein, s. Anm. 41.

46 Diese Sätze folgen theils direkt, theils indirekt aus fr. 52. *Mandati*, und aus dessen Vergleich mit den Stellen der vor. Anm. Der letzte Satz folgt auch aus allgemeinen Regeln. So z. B. also ist nach fr. 52. *d.* die Verpflichtung zu einer bestimmten Quantität Gerste oder Weizen, ohne alle Bezeichnung der Qualität gültig, denn es kann die geringste gegeben werden. Anders würde es mit Wein sein, indem wenigstens das Vaterland desselben angegeben sein müsste. Uebrigens können die Umstände des konkreten Falls dies auch zur Sache der Interpretation des Geschäfts machen.

47 Dies trifft namentlich bei allen den Obl. immer zu, deren Gegenstand ein *facere* im Gegensatz zum *dare* ist, darum sind diese Obl. auch nach R. R. *incertae*, weil es darauf ankommt und zu intendiren ist, *quid mea intersit*, s. fr. 75. §. 7. fr. 68. *de V. O.* s. ferner fr. 8. pr. *de A. E.* fr. 35. *de S. P. U.* fr. 22. §. 4. *de Cond. caussa data.* Ein Mittel, diese Obl. zu *certis* zu machen, war die Konventionalstrafe (s. §. 88.), fr. 68. *de V. O.* auf unsere Begriffe des Bestimmten und Unbestimmten (s. Anm. 40) ist dies ohne Einfluss; übrigens kann eventualiter auf die Strafe oder — auf das Interesse geklagt werden. Vergl. bei Anm. 58.

48 Fr. 75. §. 1. *de V. O.*

49 Fr. 5. §. 7. *Qui et a quib. manum.* fr. 178. *de V. O.* hier heisst es, dass die alternativ geschuldeten Gegenstände alle *in obligatione* sind, aber nur einer *in solutione* S. auch die Stellen der folg. Anm.

50 Fr. 75. §. 8. fr. 93. 112. pr. *de V. O.* fr. 34. §. 6. *de Contr. emt.*

51 Fr. 141. §. 1. *de V. O.*

52 S. die Stellen der Anm. 50 u. §. 35. *I. de Action.* fr. 106. 138. §. 1. *de V. O.* fr. 10. §. 6. *de J. D.* fr. 25. pr. *de Contr. emt.* s. ferner eine Anwendung davon in c. 10. *de Condict. indeb.* (wegen Rückforderung irrthümlich geleisteter, mehrerer, alternativ geschuldeter Gegenstände, dazu s. Vangerow Leitf. Bd. III. S. 18.), wodurch die Schlussworte des fr. 26. §. 13. *ej. tit.* aufgehoben sind; s. noch §. 90. Anm. 1 über die sog. *facultas alternativa.*

52a 1) Fr. 106. *d.* u. 138. §. 1. *d.* 2) nach Ana-

bestimmt aussprechende Erklärung schon vorhergegangen wäre [53]. Von Seiten dritter Personen entscheidet natürlich stets die Erklärung der Wahl.

logie von fr. 19. *de Leg.* I. u. *per arg. e contr.* der Stellen der folg. Anm. Die Behauptung, dass der Schuldner durch Verzug die Wahl verliere, und diese auf den Gläubiger übergehe, ist unbegründet und das dazu angeführte fr. 2. §. 3. *de Eo quod certo* nicht auf unsern Fall zu beziehen, denn wenn an verschiedenen Orten verschiedene Leistungen erfolgen sollen, und der Schuldner in Verzug ist, so muss freilich der Gläubiger nothwendig nun wählen, weil er sonst gar nicht klagen könnte. Vergl. Vangerow S. 20 f. u. s. §. 92. Anm. [12]. — Sind der Gläubiger mehrere, so ist eine Vereinigung derselben über die Wahl nöthig. Ohne Bedenken wird hier fr. 84. §. 13. *de Leg.* I. fr. 12. *de Opt. leg.* u. c. 3. *Commun. legat.* sowie fr. 25. §. 17. *Famil. ercisc.* zur Anwendung gebracht werden dürfen. Gegen mehrere Schuldner, die sich über die Wahl nicht vereinigen können, wird es auf das *id quod interest* hinauskommen, wenn man nicht das Präjudiz für zulässig halten will, dass im Fall des Ungehorsams der Richter dem Gläubiger die Wahl zugestehen könne. Auch dabei freilich würde es bei fortgesetztem Ungehorsam wiederum auf das Interesse hinauslaufen.

[53] Manche nehmen nach fr. 138. §. 1. *de V. O.*, wenn über das sog. *jus variandi* nichts Besonderes ausgemacht worden ist (in welcher Hinsicht jedoch das nur auf eine lateinische Redeform bezügliche fr. 112. pr. *de V. O.* keine unmittelbare Anwendung mehr findet), an, dass der wahlberechtigte Schuldner noch bis zur Solution seine Wahl ändern könne, s. neuerlich wieder Vangerow Leitf. Bd. III. S. 18 f., während ich darin gerade das Gegentheil gesagt finde; denn in den Schlussworten: *quia diversa caussa est voluntatis expressae et ejus quae inest*, kann ich, so auffallend es auch ist, dass der innere nicht geäusserte Wille überhaupt der *expressa* gegenüber gestellt wird, nur gesagt finden, dass ausschliesslich der geäusserte Wille binde, allein nun auch nicht mehr geändert werden könne, so dass es eines weiteren bindenden Vertrags nicht noch bedarf. Stellen wie fr. 106. *eod.* widersprechen dem gar nicht, weil sie keine *expressa voluntas* voraussetzen. Es bestätigt vielmehr die diesseitige Meinung direkt fr. 84. §. 9. *de Leg.* I., indem wenigstens nirgends abzusehen ist, warum bei den Legaten hier etwas Anderes gelten sollte, sofern es nur der Erklärung und bindenden Kraft einer hier wie dort zuständigen einmal geschehenen Wahl gilt. Umgekehrt muss nun auch der Analogie gemäss dasselbe vom Gläubiger gelten. — Irrthum in der zuständigen Wahlbefugniss hilft nach geschehener Erklärung des Willens nichts mehr, s. fr. 19. *de Leg.* II. Bei von Zeit zu Zeit wiederkehrenden verschiedenartigen Leistungen kann gewechselt werden, s. fr. 71. §. 6. *de A. E.* In der Auslegung der Schlussworte des fr. 138. §. 1. *d.* habe ich zwar, wie ich nachträglich gefunden, *Athan. Oteyza et Olano Paralipomena jur. civ.* Lib. I. c. 13. Nr. 10. (*Thes. Meerm.* T. I. p. 421.) zum Vorgänger, welcher ausserdem die obige Beschränkung nach einmal getroffener Wahl (des Gläubigers) auch, und vorzugsweise auf fr. 25. pr. *de Const. pecun.* stützt, u. fr. 138. §. 1. *d.* als in Anknüpfung an dieses letztere entstanden vermuthet. Ich räume indessen die Möglichkeit ein, dass der Gegensatz der *voluntas expressa* u. *quae inest*, in Verbindung mit den übrigen cit. Stellen auch etwas rein römisch Formelles bezeichnen kann (vergl. die Glosse); dann stände man wieder an der Frage vom *jus variandi* nach röm. und resp. heutigem Recht. Dass, wie ich vorstehend schon (namentlich in Bezug auf fr. 106. *d.*) ausgesprochen, dem römisch-formalen Element jetzt gar kein Einfluss mehr eingeräumt werden könne, hat mit grosser Energie — gegen unrichtigen Gebrauch römisch-formaler Anschauungen und Aeusserungen — jetzt vertreten Jhering Jahrb. f. d. Dogmatik u. s. w. Bd. I. S. 31 ff. Auch er vertheidigt die obige Beschränkung nach einmal getroffener, d. i. erklärter Wahl des Wahlberechtigten, und dessen unbedingtes Gebundensein daran; für uns bedürfe es jetzt nicht einmal des Berufens auf fr. 25. pr. *de Const. pecun.* Dies ist meine Ansicht gleichfalls; Vangerow a. a. O. verlangt „einen über die vorgenommene Wahl abgeschlossenen bindenden Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner, so dass darin ein Verzicht auf das gesetzlich zuständige *jus variandi* enthalten sei, um weiteren Wechsel auszuschliessen.“ Da jedoch der, wider welchen die Wahl geschieht, bei vorausgesetzter Berechtigung des Anderen dazu, damit einverstanden sein muss, so werden hierin die nothwendigen Bestandtheile einer Konvention stets zusammentreffen, wonach sich Vangerow's Erforderniss als etwas

Bei Leistungen fungibler Sachen kann eine Unbestimmtheit vor Allem so eintreten, wenn mehrere Leistungen der Art, deren jede für sich eine bestimmte ist, oder mehrere bestimmte Eigenschaften solcher Sachen, oder mehrere bestimmte Summen, als Gegenstand einer solchen Leistung in ähnlicher Weise mit einander in Verbindung gesetzt sind, wie soeben von mehreren nichtfungibeln Sachen gesagt wurde, nämlich zur Auswahl, so dass nur eine der mehreren Leistungen geschehen soll. Für einen solchen Fall gilt vermöge der Analogie rücksichtlich der Personen, welchen die Wahl zuständig sein kann, und ihrer Ausübung selbst dasselbe wie dort[54]. Ist aber auch, ferner, die Eigenschaft oder die Summe solcher Sachen oder beides für Leistungen derselben nicht bestimmt, so kann dennoch eine solche Unbestimmtheit gehoben werden, wenn ein Maasstab zur Bestimmung der Eigenschaft[55] oder der Summe selbst entweder dadurch aufgestellt ist, dass sie dem gutachtlichen billigen Ermessen eines verständigen und rechtlichen Mannes (*arbitrium boni viri*), sei es ohne Bestimmung einer gewissen Person, oder unter Ernennung einer solchen, anheimgegeben[56], — oder in einem bestimmten Begriff besteht, der in dem Einzel-

Besonderes erledigt. — Auch Demelius in d. Ztschrft. N. F. Bd. 17. S. 19 ff. sucht aus den Quellen selbst die Ansicht zu deduziren, dass danach kein *jus variandi* bestanden habe.

[54] Fälle der ebengedachten Art kommen m. W. weder in den Quellen vor, noch sind sie bisher irgendwo in dieser Lehre ausdrücklich berücksichtigt worden. Dass nun in ihnen eine Unbestimmtheit vorwalte, ist klar; dass diese ebenso, wie vorher von der *oblig. alternat.* gesagt worden (Anm. [49]), zu lösen sei, daran kann kein Zweifel sein, denn es bietet sich hier für die Analogie ein vollständig entsprechendes Verhältniss dar.

[55] Ich finde nicht, dass diese Bestimmung der Eigenschaft durch *arbitrium boni viri* anderwärts ausdrücklich gelehrt ist, gleichwohl glaube ich sie nach der Analogie der Wahl alternativer Leistungen und solcher *ex genere*, und von der Summe selbst als rechtlich zulässig annehmen zu müssen. Auch kommen ja Fälle der Art im Verkehr oft genug vor. So z. B. ist das Geschäft gewiss gültig, wenn der einen gewissen Bau ausführende Techniker die Lieferung einer bestimmten Anzahl Backsteine oder eiserner Klammern mit der Bevorwortung abschliesst, dass ein anderer Techniker die Länge und Stärke der einzelnen Stücke bestimmen soll, sobald nur diese Bestimmung später erfolgt.

[56] Im R. R. ist zwischen *arbitrium* schlechthin, und *arbitrium boni viri* ausdrücklich ein Gegensatz dahin anerkannt, dass man sich dem ersteren, wenn es wenigstens auf eine bestimmte Person gestellt und nicht schlechthin als *arbitr. alienum* bezeichnet worden, (fr. 25. pr. *Locati*) unbedingt unterwerfen müsse, *sive aequum sit*, *sive iniquum*, fr. 76 sqq. *Pro socio*, (wo das: *quod observatur etc.* nur als ein Beispiel verstanden werden kann, s. auch fr. 22. §. 1. *de R. J.*) fr. 24. pr. *Locati* (in Erwägung, dass die *a. locati bonae fidei* ist), vergl. auch fr. 75. pr. *de Leg.* I. Ueber das zweite s. Anm. [63]. Unter ausdrücklichem Bezug auf diese Stellen wird nun von Manchen unterschieden zwischen sog. *mera voluntas*, oder *plenum arbitrium voluntatis* und *arb. boni viri*, s. z. B. Göschen Vorles. Bd. I. S. 306. (auch Puchta §. 221. a. E.), während Andere nur von „billigem Ermessen" als Mittel der im Text gedachten Art sprechen, ohne auf jene Stellen besondere Rücksicht zu nehmen, s. z. B. Mühlenbruch §. 325. a). Nach m. E. ist hier in sofern eine wesentliche Veränderung vorgegangen, als mit dem Wegfall des Gegensatzes und des Unterschieds der *str. juris* und *b. f. obligationes* (s. §. 29. III.), wodurch alle Obligationen den letzteren gleichgesetzt werden, nun auch für alle fr. 22. §. 1. *de R. J.* gelten muss: *generaliter probandum est*, *ubicunque in b. f. judiciis confertur in arbitr. domini vel procuratoris ejus conditio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse*, also die Anwendungen davon in fr. 24. pr. *d.* 76 sqq. *dd.* und anderwärts nun von einem allgemein gewordenen Maasstab zu verstehen sind, und der Satz (fr. 24.), *nam fides bona exigit*, *ut arbitrium tale praestetur*, *quale bono viro convenit*, eine ganz allgemeine Geltung haben muss. Unter diesen Umständen kann die Frage müssig scheinen, ob auch nur für das R. R. das nicht näher qualifizirte *arbitrium* wirklich ein völlig unbeschränktes gewesen sei; wenn man indessen bedenkt, dass jede Uebereinkunft — auf welcher hier Alles beruht, — im Zweifel nach

fall zur Anwendung kommt, was jedoch nur von der Summe und nicht von der Eigenschaft solcher Leistungen zutrifft; die allgemeineren unter diesen, und zugleich wichtige rechtliche, sind: das Interesse und der Schadensersatz, s. §. 86., die besonderen können sehr mannigfaltige sein [57]. Endlich ist immer eine solche Unbestimmtheit bei den Obligationen vorhanden, die irgend eine andere Leistung, als die bisher gedachten, m. a. W. eine Handlung im engeren Sinn betreffen, wenn sie nur wenigstens soweit kenntlich gemacht ist, dass ihr Inhalt und ihr Umfang feststehen, und sie also danach bestimmbar ist. Diese haben stets das hiernach zu berechnende Interesse zum Gegenstand [58]. — Hieraus erhellt nun, dass der Begriff des Unbe-

der vermuthlichen Absicht der Kontrahenten zu verstehen und auszulegen sei, so wird sich nicht behaupten lassen, dass, sobald Umstände vorhanden sind, deren Berücksichtigung dabei als stillschweigend vorausgesetzt anzunehmen war, diese nicht eine Grenze hätten bilden sollen. An solchen wird es in den wenigsten Fällen fehlen; ihre Berücksichtigung ist schon in Ausdrücken und Begriffen wie: (*quanti*) *aestimare, pretium*, *merx* als angedeutet zu betrachten. Als Mittel aber, ein geschehenes Ueberschreiten der Grenzen in seinen Folgen abzuwenden, wird ohne Anstand die *exc. doli generalis* (nach Umständen als Replik) angesehen werden dürfen. Nur für solche Fälle also, wo sich zu berücksichtigende Umstände der Art nicht darbieten, würde das Ermessen Dritter als völlig unbeschränktes angenommen werden können. Die rechtliche Möglichkeit eines solchen nach R. R. scheint nun allerdings zugegeben werden zu müssen, indem sich Fälle denken lassen, in welchen es gänzlich an solchen Umständen und Andeutungen fehlen kann, welche die Willkühr nur einigermaassen leiten sollten, ja es wäre selbst der ausdrückliche Ausschluss jeder Beschränkung denkbar; dennoch aber enthält fr. 30. pr. *de Operis lib.* einen Ausspruch über die vermuthliche Absicht der Betheiligten in solchen Fällen, welche auch von allgemeiner Anerkennung der vorherigen Bedenken zeigt. Für das heutige Recht ist hiervon jedoch, wie gedacht, völlig abzusehen, und selbst eine ausdrückliche Uebereinkunft der Art wäre für eine rechtlich unmögliche zu halten, indem ein so allgemeines Mittel und so weiter Maasstab der Bestimmung des Unbestimmten nicht mehr existirt, seitdem das *arbitrium* überall und ausschliesslich als *boni viri* zu verstehen ist, also, sobald es nur überhaupt ausgesprochen worden, einer objektiven Kontrole unterliegt. Dagegen ist der Unterschied ein absoluter und also völlig praktischer, ob eine bestimmte Person ernannt worden, welche das *arbitrium* aussprechen soll, oder dieses im Allgemeinen und objektiv beliebt worden ist; s. nachher oben im Text von Anm. [62] an.

[57] Hierher rechne ich z. B. Begriffe, wie: der Marktpreis eines künftigen Zeitpunkts, Kursdifferenz, Agio u. dergl., für welche, im Gegensatz zu den durch Berechnung von vornherein zu findenden Summen (s. Anm. [44]), Umstände von thatsächlicher und zufälliger Natur aus einer späteren Zeit bei der Leistung in Betracht kommen. In der Mitte zwischen beiden, oder je nach den Umständen bald den Fällen der ersten bald der zweiten Art angehörig kann die Ermittelung einer Summe unter Bezug auf ihren Zweck sein, z. B. es kauft Jemand soviel Heu, als nöthig ist, um seine Schafe durchzuwintern. Das lässt sich zwar nach deren Zahl von vornherein berechnen, es kann aber durch Absterben derselben eine Verminderung erleiden; wenn es nun wirklich zu diesem Zweck verwendet werden, und nicht etwa nur die Quantität absolut auf eine solche seltsame Weise hat bezeichnet werden sollen, so muss die Uebereinstimmung der Betheiligten über die Summe auch so verstanden und ausgelegt werden. — Zu den hier gemeinten Begriffen gehört auch der der *dos*, die der Vater der Braut zu bestellen hat, und deren Betrag sich nach dessen Vermögensumständen von selbst versteht, und für dessen Obl. also hierin die Summe gegeben ist, s. fr. 69. §. 4. *de J. D.* vgl. Glück Bd. XXV. S. 169. 174 ff.

[58] S. Anm. [47]. Nicht zu den Fällen der obgedachten (bestimmbaren) Unbestimmtheit gehören solche, in denen die Frage, ob das, was geleistet worden, der Beabredung entspreche, oder die Beurtheilung der Erfüllung einer Bedingung einem gutachtlichen Ermessen anheimgegeben ist, sei es des Schuldners oder eines Dritten, s. fr. 7. pr. *de Contr. emt.* fr. 24. pr. *Locati* fr. 22. §. 1. *de R. J.* (s. Anm. [63] und [65]), denn in solchen Fällen ist von vornherein nicht die Qualität der Leistung unbestimmt, sondern nur ihr Ausfall, jene gehört vielmehr zur Erfüllung, und kann unter Umständen auch Be-

stimmten, welches nicht Gegenstand einer Obligation sein kann, auch als unbestimmbar zu verstehen sei, etwas nur für jetzt Unbestimmtes aber, jedoch vermöge schon bestehender rechtlicher Nothwendigkeit Bestimmbares, allerdings gültiger Inhalt einer Handlung werden könne. Uebrigens ist es auch möglich, dass etwas anfänglich Bestimmtes sich in etwas bestimmbares Unbestimmtes verwandle, nämlich erstens, wenn es anstatt des eigentlichen Leistungsobjekts später auf die Leistung des Interesses ankommt, oder wenn das letztere neben dem ersteren, — z. B. wegen Verzugs — zu leisten ist; nur wenn das Bestimmte eine Geldsumme ist, würde das Interesse, weil es in der Regel in den Zinsen besteht, und für diese im Zinsfuss ein fester Maasstab gegeben ist, ebenfalls von vornherein bestimmt sein. Zweitens, wenn zum Hauptgegenstand der Obligation Accessionen hinzukommen, s. §. 84. II. a. E. — Von den vorgedachten Maasstäben bedarf jedoch der erste, gleich der Feststellung eines Gegenstands durch Wahl rücksichtlich der wählen sollenden Personen, noch näherer Erörterung. Was zuvörderst die letzteren betrifft, so ist der Fall zu unterscheiden, ob gerade die Wahl einer bestimmten Person gemeint gewesen, oder nicht. Jenes kann entweder in der Person des Gläubigers, oder des Schuldners oder eines Dritten zutreffen. Die beiden ersteren kommen jedoch hierbei nicht rücksichtlich ihrer persönlichen Individualität in Betracht, sondern von Seiten ihrer Stellung in der Obligation, das Wahlrecht geht also, wenn sie es nicht selbst ausgeübt haben, auf ihre Erben und andere Nachfolger[59], auch die Cessionarien über[60]. Soll es strenge an die Person gebunden sein, so müsste dies als Bedingung ausgedrückt sein. Anders, wenn die Wahl einer bestimmten dritten Person übertragen ist; deren Wahl ist stets als Bedingung zu betrachten, und wenn sie also nicht wählt, so muss die Obligation untergehen[61]. Genöthigt werden kann der Dritte nur, wenn er selbst zu der Wahl obligirt ist. Das Zweite ist nur auf dritte Personen aber in der Art bezogen möglich, dass ein gutachtliches Ermessen vorwalten und entscheiden soll[62]; es ist also dabei nicht eine reine Wahl, sondern eine motivirte vorausgesetzt, wodurch sich dieser Fall denen anschliesst, welche unter den anderen hier übrigen Punkt, das *arbitrium boni viri*[63] treten. Darunter

dingung für die Obl. selbst, resp. eine Gegenleistung sein; die Entscheidung darüber ist also keine Bestimmung dessen, was geschuldet wird, sondern darüber, ob das Geschuldete geleistet sei.

59 Fr. 76. pr. *de V. O.* fr. 75. §. 3. *de Leg.* I. Die erste Stelle und fr. 141. pr. *de V. O.* beweisen zugleich, dass, wenn Jemand eine solche Forderung für einen Anderen kontrahirt, dennoch die Wahl nicht diesem, sondern ihm zusteht.

60 Dieses ist sehr bestritten, s. Mühlenbruch Cess. S. 264 ff. (wegen fr. 76. und 141. pr. *de V. O.*) aus allgemeinen Gründen aber und nach fr. 75. §. 3. *de Leg.* I. zu bejahen, weil darin durchaus nicht etwas Singuläres für Legate verordnet ist.

61 Fr. 141. §. 1. *de V. O.* Natürlich aber ist die Bestimmung zulässig, dass der Dritte die Wahl einem Vierten übertragen könne.

62 Es kann bezweifelt werden, ob eine Obl. der Art möglich ist? M. W. kommt kein Beispiel und überhaupt nichts Besonderes auf einen solchen Fall bezügliches im Corp. Jur. vor. Dennoch halte ich sie nicht für unstatthaft. Man hat sich nämlich Fälle, wie etwa die zu denken: dass eine von mehreren gleich grossen Wiesen oder Weinbergen in einer Flur oder Lage, nach der Bestimmung „eines erfahrenen Landwirths"; oder eins von mehreren Reitpferden nach der Bestimmung „eines Stallmeisters", oder „eines tüchtigen Kavallerieoffiziers" Gegenstand der Obl. sein sollen. Es liegt nämlich auch hier ein *arbitrium boni viri* (s. Anm. 56) als bezweckt vor, und ich sehe keinen Grund, warum diese hier weniger zulässig und nicht ebenso gut ein Mittel zur Hebung einer Ungewissheit sein sollte, wie bei der Bestimmung von Summen. S. noch Anm. 67.

63 Vergl. die Stellen bei *Brisson. sub v. bonus vir* u. *Horat. Epist.* I. 16. v. 40. *Seneca Ep.* 115. nr. 3. Wenn man die hierauf bezüglichen Stellen prüft, so erscheint der Begriff des *arbitrii b. v.* in der im Text folgenden näheren

ist eine Bestimmung nach Recht und Billigkeit zu verstehen, d. i. eine solche, welche den Voraussetzungen und Umständen des Einzelfalls angemessen ist und Sachkenntniss irgend einer Art, sei es auch nur des gemeinen Werths von Vermögensobjekten, und deren Anwendung voraussetzt[64]. Diese kann zu dem hier vorschwebenden Zweck niemals dem Gläubiger oder Schuldner, sondern nur dritten Personen übertragen sein, wozu eine Uebereinkunft der beiden ersteren gehört[65].

Bestimmung. Die Quellenzeugnisse, welche in den Fällen, wo das *arbitrium* (sowohl Dritter wie des Schuldners) entscheiden sollen, dieses nicht von reiner Willkühr (s. Anm. [42]), sondern vom *arbitrium boni viri* verstanden wissen wollen, s. z. B. fr. 7. pr. *de Contr. emti*, fr. 24. pr. *Locati*, haben allerdings nur zunächst eine exegetische Tendenz für das Wort *arbitrium*, es ist ihnen aber auch eine praktische Bedeutsamkeit in sofern nicht zu versagen, als das einer solchen Uebereinkunft zu Grunde liegende Motiv in die *bona fides* gesetzt wird. S. auch noch fr. 75. pr. *de Leg.* I. fr. 1. §. 1. *de Leg.* II. fr. 11. §. 7. *de Leg.* III. und was fr. 22. §. 1. *de R. J.* auf *bon. fid. jud.* beschränkt, ist jetzt ohne Unterschied und allgemein zu verstehen, s. Anm. [56]. — Uebrigens kommt dieses *arbitrium* in einer mehrfachen Richtung als praktisch vor, so namentlich: 1) in Anwendung auf Bestimmung von Summen und Eigenschaften (s. Anm. [56]), also wie es oben vorausgesetzt ist; 2) in Anwendung auf die Approbation einer Leistung und darunter denn auch als die der Erfüllung einer Bedingung, s. Anm. [58], und der Art und Weise der Behandlung oder Benutzung von Sachen, s. z.B. fr. 1. §. 3. 5. *Usufr. quemadmod.* vergl. §. 59. Anm. [26]; 3) in Anwendung auf die Entscheidung der Frage, ob ein ausgesetztes Vermächtniss wirklich geleistet werden solle, s. Anm. [65]. (In fr. 7. §. 1. *de Reb. dub.* ist eine blosse Wahl nachgelassen.)

[64] Hierin ist nach m. E. zugleich eine Grenze der Möglichkeit, Unbestimmtheiten durch *arbitr.* zu heben, gegeben, m. a. W. es kann nicht ohne alle Ausnahme die Summe der Leistung bei jeder Obl. auf ein solches gestellt werden, sondern der Fall und die Voraussetzungen müssen von der Art sein, dass das *arb.* einen Anknüpfungspunkt findet, also vernünftiger Weise überhaupt sich äussern kann. Hierüber können nun nur die Umstände des Einzelfalls entscheiden. So z. B. würde es, wenn Einer vom Anderen ein Darlehn kontrahiren will, der letztere es ihm zusagt und die Summe auf *arbitr. b. v.* des Titius gestellt wird, ohne Weiteres unmöglich sein, das *arbitr.* als Maasstab anzulegen und also auszusprechen; anders dagegen, wenn z. B. der Zweck — zur Verbesserung eines gewissen Guts, zu einer gewissen Handelsunternehmung u. s. w. — mit angegeben worden, zu welchem es aufgenommen werden soll. Am schwierigsten wird es meist bei Schenkungen sein, wiewohl die Berücksichtigung persönlicher Verhältnisse, der Beweggründe, des etwanigen Zwecks und anderer eingreifender Umstände auch hier ein *arbitr. b. v.* sehr wohl möglich machen können. Der freieste Spielraum möchte allerdings dem *arb. b. v.* in fr. 1. §. 1. *de Leg.* II. (s. Anm. [65]) eingeräumt und damit die äusserste Grenze erreicht sein; ich halte es nicht für möglich, hiervon etwa eine analoge Anwendung auf Schenkungen zu machen, sondern eine soweit greifende Massregel nur aus dem besonderen Interesse und dem Streben für erklärbar, letztwillige Anordnungen aufrecht zu erhalten.

[65] Häufig wird im Allgemeinen gelehrt, dass die Entscheidung einer unbestimmt gelassenen Leistung auch einem solchen billigen Ermessen des Schuldners anheim gegeben werden könne, nicht aber seinem freien Willen; das Letztere ist richtig, s. Anm. [42]; das Erstere wird auf fr. 7. pr. *de Contr. emt.* fr. 24. pr. *Locati*, fr. 75. pr. *de Leg.* I. fr. 1. §. 1. *de Leg.* II. fr. 11. §. 7. *de Leg.* III. gegründet; s. z. B. Schweppe Röm. R. §. 122. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 219. 4. Von diesen Stellen handelt keine bestimmt davon, dass der Schuldner die Summe oder die Eigenschaft einer Leistung fungibler Sachen bestimmen und sein *arbitrium* das Mittel und der Maasstab sein soll, eine solche Unbestimmtheit zu heben, sondern nur die vorletzte lässt sich so verstehen, dass auch die Summe eines Legats *ex arbitrio boni viri*, d. h. hier *pro viribus sc. patrimonii*, soll bestimmt werden können, und da dies allgemein ausgesprochen ist, so lässt es sich allerdings auch auf den Erben als Onerirten angewendet als statthaft annehmen; indessen ist dieser Satz der Lehre von den Legaten eigenthümlich, wie denn auch die beiden anderen Stellen von diesen den eigenthümlichen Satz aufstellen, dass die ganze Frage, ob ein (bestimmtes) Legat überhaupt Bestand haben und ausgezahlt werden soll,

Von der Persönlichkeit dieses Dritten gilt hier dasselbe wie von der ihm anheimgegebenen Wahl, d. h. ist er als eine bestimmte Person namhaft gemacht, so ist

dem *arbitr. b. v.* des Erben anheim gegeben werden dürfe. Darüber das Weitere im Erbrecht. Die beiden ersten hierher allein gehörigen Stellen hingegen handeln gar nicht vom *arbitr. b. v.* zu dem obgedachten Zweck, sondern die erste davon, dass die Beurtheilung der Erfüllung einer Bedingung vom *arb. b. v.* des Schuldners abhängig gemacht werden, und die zweite davon, dass die Beurtheilung der Güte der beabredeten Leistung ebenfalls dem zu einer Gegenleistung Verpflichteten anheim gegeben werden könne. (Vgl. Anm. [58] und [63] a. E.) Nur in dieser näheren Bestimmung also ist ein *arbitr. b. v.* des Schuldners rechtlich möglich. Dass aber dem Schuldner die Bestimmung der Summe nicht überlassen werden könne, sondern wenn dieses geschehen, *imperfectum negotium* sei, sagt fr. 35. §. 1. *de Contr. emt.* Zwar ist darin: *quanti velis*, *quanti aequum putaveris*, vorausgesetzt, und nicht gerade *arbitr. b. v.* verneint; da aber das Letztere doch offenbar mit *aequum putare* zusammentrifft und *arbitr.* überhaupt und im Allgemeinen bei *b. f. negotiis* als *b. v.* verstanden werden soll, fr. 22. §. 1. *de R. J.*, auch übrigens über seine Zulässigkeit auf Seiten des Schuldners vollständiges Schweigen herrscht, so kann ein Zweifel an seiner Unstatthaftigkeit nicht gehegt werden. Zwar besteht hier noch eine besondere Meinungsverschiedenheit für den Kaufpreis, welche aber unfehlbar eine allgemeinere Bedeutung wegen ihres weitergreifenden Grunds haben würde, in sofern, als viele ältere Rechtsgelehrte (s. die bei Glück Bd. XVI. S. 81. [58] Gen.) glauben, dass nach fr. 22. §. 1. *de R. S.* auch die Bestimmung desselben dem Ermessen eines der Kontrahenten überlassen werden könne, und wenn ein solcher dem nicht entspreche, *arb. b. v.* eintreten müsse. Indessen handelt diese Stelle nicht vom Preis, und es bedarf daher nicht des Berufens auf *c. ult. de Contr. emt.*, durch welche, wie Glück mit vielen Anderen (a. a. O. Anm.[50].) glaubt, der erstgedachten Stelle derogirt worden sein soll, (s. über diese c. Anm. [67]), sie ist vielmehr offenbar mit Fällen, wie in den gedachten fr. 7. *de Contr. emt.* u. fr. 24. pr. *Locati* vorkommen, in Bezug zu denken, und ausschliesslich davon zu verstehen, s. Anm. [58]. Vergl. auch Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 230. c). Neben dem Bisherigen kommt nun aber auch die, m. W. jedoch in diesem Zusammenhang nirgends beachtete c. 3. *de Dotis promiss.* (nur Puchta §. 221 i) citirt sie mit fr. 75 sqq. *Pro socio* u. a. in einer Reihe) in Betracht, nach welcher das Versprechen einer *dos*, *quodcunque arbitratus fuisset pro ea (promissor)*, gültig sein und deren Betrag nach *arbitr. b. v.* soll gefordert werden können; diese Stelle leidet jedoch keine analoge Ausdehnung, (ob das cit. Lehrb. eine solche statuirt, ist daraus nicht bestimmt zu ersehen,) sondern die darin enthaltene Bestimmung ist der *dos* eigenthümlich und aus deren mannigfaltigen Begünstigungen zu erklären, vergl. Glück Bd. XXV. S. 171 ff. und also eine Ausnahme, wie die weiter oben von den Legaten gedachte. Die Regel aber wird unter diesen Umständen bei dem gedachten Schweigen der Quellen *per arg. e contrario* der Ausnahmen nicht nur bestärkt, sondern sie findet auch ihren nothwendigen Grund darin, dass, wenn der Schuldner über die Schuldsumme sollte arbitriren dürfen, damit gegen die Stellen der Anm. [42] in sofern verstossen würde, als nun wirklich der Bestand der Obl. in seine Gewalt gegeben wäre, weil es doch von ihm abhinge, ob er es will, und die Möglichkeit oder Wahrscheinlichkeit niemals an die hier erforderliche Nothwendigkeit hinanreicht; das Geschäft ist also *imperfectum.* Dieser Grund überwiegt daher die Betrachtung, dass die Kontrole des *arb. b. v.* in Ansehung des Preises und die Kognition über seinen Ausfall (s. Anm. [68]) ebensowohl an sich denkbar sei, wenn es einem der Kontrahenten, als wenn es einem Dritten überlassen worden, und es also an sich nicht unmöglich sei, zu einem bestimmten Ziel hier zu gelangen. Denn es ist nicht zu übersehen, dass die Kontrole nur möglich ist, wenn das *arb.* erfolgt, ohne dies aber die für das Geschäft bestehende Bedingung ausfällt, s. Anm. [66]. Hierin zeigt sich also noch eine Eigenthümlichkeit der Bestimmung in der vorher cit. c. 3., für welche es nicht darauf ankommt, dass sich das *arb. debitoris* ausgesprochen habe. Von dieser aber mit Zurückweisung der Stellen der Anm. [66] hier eine analoge Anwendung machen zu wollen, würde sich nimmermehr rechtfertigen lassen. Dass das *arbitr. b. v.* des Schuldners, soweit es nicht den Preis betrifft, s. Anm. [58], einer Kontrole (Anm. [68]) unterliegt, (s. die dort cit. beiden ersten Stellen) steht mit der vorherigen Entwickelung aber

das Erfolgen seines Ausspruchs Bedingung für die ganze Obligation[66]; es ist jedoch nicht erforderlich, dass hierzu im Voraus eine bestimmte dritte Person ernannt sei, sondern es genügt, wenn dieselbe nur hinlänglich bezeichnet ist, an wen aus einem gewissen Kreis man sich zu wenden habe, um das gutachtliche Ermessen herbeizuführen[67]. Für diesen Fall ist es also gleichgültig, wenn eine gewisse dazu ausersehene Person dasselbe versagt, sobald es nur nicht mit derselben in unzertrennliche Verbindung gebracht ist. Bleibt das gutachtliche Ermessen ganz aus, so kann wider den dazu Verpflichteten auf das Interesse geklagt, und wenn ein Betheiligter sich demselben nicht unterwerfen will, weil er es nicht für rechtlich und billig erachtet, richterliche Hülfe darüber angerufen werden, so dass dann der Richter sich gutachtlich auszusprechen hat[68]. Auch abgesehen hiervon kommt zwar der Richter

darum nicht in Widerspruch, weil in diesen Fällen die Obl. an sich fest beabredet und ihr Gegenstand bestimmt und das, was der gutachtlichen Beurtheilung des Schuldners selbst anheim gegeben ist, ebenfalls als Thatsache vorher schon feststeht, ehe es dazu kommen soll; Zuwiderhandeln ist also allemal ein *dolus* (s. dies. Stellen). Was bisher vom Schuldner nachgewiesen worden, gilt nun auch vom *arbitrio b. v.* des Gläubigers, von welchem fr. 24. pr. *d.* ohnehin auch passt, und welches, bei gleichem Schweigen der Quellen darüber, ebenso wenig Schlussweise und durch Analogie von dem *arbitr. b. v.* Dritter als möglich angenommen werden darf. Das in fr. 30. pr. *de Operis lib.* vorkommende Beispiel vom Gegentheil in Bezug auf die dem Patron, also dem Gläubiger, zu leistenden *operae* findet seinen Erklärungsgrund in dem besonderen Verhältniss desselben zum Freigelassenen, welches keine analoge Anwendung zulässt. — Wenn es, endlich, im Handel und Wandel nicht selten vorkommt, dass der Gläubiger dem Schuldner erklärt: „zahle, was du für billig hältst," so ist dennoch ein solches Geschäft erst dann perfekt, wenn dieser sich ausgesprochen und nun jener sich damit, wenn auch nur stillschweigend, zufrieden erklärt. Aehnlich ist es in solchen Fällen, wo der Betrag von Gegenleistungen nicht vorher beabredet, sondern der Sitte gemäss vom Schuldner erwartet wird, dass die Forderung nicht das Uebliche übersteigen, und vom Gläubiger, dass ihm dies, meist ein Marktpreis oder gewöhnlicher und gangbarer Preis nicht versagt werden könne. (So bei Rechnungen der Handwerker.) Es ist also in der That hier eine stillschweigende Uebereinkunft über eine bestimmte oder objektiv bestimmbare Summe vorhanden, die das Geschäft perfekt macht. Vergl. Arndts Pand. §. 300. Anm. [3] u. Sächs. Ztschrft. f. R.-Pfl. N. F. Bd. XVIII. S. 430. ein Erk. des O.-A.-G. zu Dresden.

[66] §. 1. *I. de Emt.* fr. 25. pr. *Locati*, c. ult. in f. *de Contr. emt.*

[67] Fr. 76 sqq. *Pro socio*, fr. 57. *de Contr. emt.* fr. 50. *Soluto matrim.* fr. 35. *Mandati*, fr. 16. §. 9. *de Pignor.*, vergl. die Stellen der Anm. [58] u. §. 59. Anm. [20]. Ueberhaupt folgt der obige Satz aus dem Begriff der *arb. b. v.*, wenn es impersonell beliebt worden ist; indessen könnte an seiner Richtigkeit c. ult. *d.* bei flüchtiger Anschauung irre machen, es scheint nämlich, dass danach gar nichts darauf ankommen solle, ob *in certam personam*, oder ob impersonell auf *arbitr. boni viri* Rücksicht genommen worden sei. Allein dies ist nur gesagt unter Bezug darauf, dass wirklich eine bestimmte Person genannt war, wenn diese die Entscheidung ablehne, solle *nulla conjectura immo magis divinatio* (über eine solche Rücksicht) *in posterum servari.* Hiervon ist aber der im Text vorausgesetzte Fall wesentlich verschieden, in welchem vielmehr ganz bestimmt das impersonelle *arbitrium boni viri* als beabredet vorausgesetzt ist, es also auf Vermuthungen nicht weiter ankommt. Die wirkliche Anwendung des Satzes unterliegt übrigens keinem Zweifel, indem unzählige Obligationen eingegangen werden, in welchen der Betrag einer künftigen Leistung z. B. „nach landwirthschaftlicher Taxe," „nach kaufmännischem Ermessen" u. dergl. im Voraus beabredet wird.

[68] Fr. 79. *Pro socio*, fr. 25. pr. *Locati.* Das Mittel dazu von Seiten des Betheiligten ist die Kontraktsklage oder u. U. das Excipiren der Iniquität des Ausspruchs, und sie hat den Zweck, sowohl das *arbitr. iniquum* zu rescindiren, als ein neues herbeizuführen, s. *Vinnius Quaest. Lib.* I. 16. Glück Komm. Bd. VI. S. 67. und die dort Gen. (von den Aelteren wird namentlich besonderes Gewicht darauf gelegt, dass nicht gerade eine Verletzung über die Hälfte geschehen zu sein brauche, was richtig ist). Schweppe a. a. O. §. 123. ist hier in so-

bei der Entscheidung von Rechtsstreitigkeiten nicht selten in den Fall, sein *arbitrium* zur Bestimmung der Summe einer Leistung eintreten zu lassen, so dass dieselbe also hierdurch festgestellt wird, indem er nun als *vir bonus* sich gutachtlich auszusprechen und danach zugleich richterlich zu entscheiden hat. Indessen ist dazu allemal vorausgesetzt, dass er durch das Recht selbst dazu ermächtigt und verpflichtet sei, das Arbitriren also dem Kreis seiner Amtspflichten angehöre, und in deren Anwendung auf einen Einzelfall hervortrete; die Fälle, wann dies geschehe, lassen sich im Allgemeinen nicht näher angeben, sondern sind bei den einzelnen Rechtsinstituten zu erwähnen[69].

§. 84.

(Fortsetzung.)

Der Inhalt der Handlungen als Gegenstand der Obligationen bietet noch nach einigen anderen Seiten hin ein rechtliches Interesse dar, womit denn viele Rechtssätze über dieselben je nach diesen Verschiedenheiten zusammenhängen.

I. Der Gegenstand der Leistung kann, wie schon in Nr. 3. und 4. des vorigen Paragraphen vorgekommen, sowohl ein einziger, als es können auch deren und also

fern anderer Ansicht, als er nur die Aufhebung, nicht aber den Ersatz des *arbitrii* durch ein anderes als möglich annimmt, so dass, wenn nicht neue Vereinigung erfolge, das Geschäft untergehe. Diese Ansicht ist für den Fall, dass ein *arbitrium b. v.* impersonell beabredet worden, ohne allen Zweifel falsch, indem es dabei auf die Person, welche zuerst dazu ausersehen worden ist, nicht ausschliesslich ankommt. Ueberhaupt nämlich hat man sich Fälle der Art so zu denken, resp. es kann nur auf folgendem Weg darauf hinauskommen: 1) es ist eine bestimmte Person zum *arbiter* ernannt worden und sie will nicht; dann ist die Obl. nichtig, s. Anm. [66]; arbitrirt sie unbillig, so heisst es in fr. 79. *Pro socio*, — *corrigi potest per jud. b. f.*, hierin liegt also offenbar etwas Positives, ein Surrogat, nicht eine einfache Negation; ob nun der Richter selbst arbitriren oder es durch Sachverständige besorgen lassen will, hängt von den Umständen ab; das Letztere wird überall geschehen müssen, wo es besonderer Kenntnisse dazu bedarf: die Formen, in denen es hierzu kommt, werden die des Beweisverfahrens im Prozess, und zwar durch Augenschein und Sachverständige sein. 2) Ist keine bestimmte Person ernannt gewesen, so wird, wenn es aussergerichtlich zu einem *arbitrio* kommen soll, nothwendig eine gewisse Person hinterher dazu ausersehen werden müssen, und hierbei kann natürlich nun nachträglich die Uebereinkunft ebenso wie im ersten Fall getroffen sein, indessen ist das Sache der Auslegung, und es wird im Zweifel nicht anzunehmen sein, dass das früher impersonell beliebte *arbitr.* von einer bestimmten Person abhängig geworden sein solle. Dass aber ein unter solchen Umständen wirklich erlassenes *arbitrium* ebenfalls, um mit fr. 79. *d.* zu reden, *corrigi possit*, kann nicht dem leisesten Bedenken unterliegen, und so wird die Sache wiederum den vorhergedachten Weg nehmen. Dagegen ist dieser Fall vom vorigen darin wesentlich verschieden, dass, wenn es zwischen den Betheiligten zu keiner Vereinigung über eine Person als *arbiter* kommt, ohne Weiteres aus dem Geschäft Klage erhoben, oder im umgekehrten Fall excipirt, und dabei dann das *arbitr. b. v.* durch Vermittelung des Richters beantragt und herbeigeführt werden kann. Denn es ist bekannt, dass das impersonelle *arbitr. b. v.* und *bonus vir* in der Sprache der Quellen häufig unmittelbar vom *judex* selbst verstanden und auf ihn bezogen gebraucht wird, so z. B. fr. 137. §. 2. *de V. O.* fr. 4. §. 1. *Famil. ercisc.* fr. 13. §. 2. *de Usufr.* u. bes. fr. 17. §. 5. *de Injur.* vergl. noch Glück Komm. Bd. IX. S. 417.[66] und den dort gen. *Wunderlich de usu inscript. etc.* p. 67 sqq. Wenn nun zwar diese sprachliche Eigenthümlichkeit bei uns nicht unmittelbar anwendbar ist, so gehören doch die hierdurch bezeichneten Befugnisse des Richteramts zu dem Umkreis und wesentlichen Inhalt desselben, in Betreff dessen hier keine Veränderung eingetreten ist, so dass der vorgezeichnete Weg der Absicht der Kontrahenten darum entsprechen muss, weil sich ihr Uebereinkommen eventualiter sonst gar nicht verwirklichen liesse.

[69] S. §. 5. Anm. [20] u. vor. Anm. a. E.

der Handlungen mehrere sein. Die Verbindung dieser kann eine alternative und eine kumulative oder kopulative sein. Von der ersteren hat, wegen der darin enthaltenen Unbestimmtheit, schon a. a. O. unter Nr. 4. gehandelt werden müssen. Die zweite bezweckt die Leistung aller solchergestalt verbundenen Handlungen nebeneinander. Für diesen Fall wird die Frage von Wichtigkeit, ob das Obligationsverhältniss als ein einfaches oder als ein mehrfaches zu betrachten sei[1]. Es ist dabei also zu unterscheiden: sind mehrere einzelne Sachen als solche, mehrere Summen, oder mehrere nicht unter einander zusammenhängende Handlungen (oder auch diese mit jenen u. s. w.) nebeneinander als Gegenstände der Leistung bezeichnet[2], so sind in Uebereinstimmung mit der hierin ausgesprochenen Absicht der Betheiligten ebenso viel einzelne Obligationen anzunehmen, die zwar einen gemeinschaftlichen Ursprung haben, von denen sofort aber jede für sich besteht und ihr besonderes Dasein hat. Werden dagegen mehrere Sachen unter einen gemeinschaftlichen Begriff zusammengestellt[3], was bei Einer Summe fungibler Sachen immer zutrifft[4], oder umfasst der zum Gegenstand einer Obligation erhobene Begriff vermöge seiner Natur und seines Inhalts mehrere Leistungen[5], so ist nur Eine Obligation vorhanden. Eine Kombination dieser beiden Merkmale kann bei gegenseitigen Obligationen eintreten, wenn das erste für den einen Kontrahenten und das zweite für den anderen zutrifft, z. B. Kauf mehrerer Sachen um Eine Summe, oder Pacht einer Sache um eine bestimmte Summe und ausserdem um eine Leistung anderer Art. Hier macht sich das zweite Merkmal vor dem ersten geltend, indem die Einheit der Sache oder der Gegenleistung für mehrere Sachen eine Spaltung der Obligation unmöglich macht und eine solche Absicht der Kontrahenten ausschliesst. Dagegen aber ist es allerdings möglich, dass für mehrere einzelne in Einer Obligation enthaltene Sachen oder Handlungen bestimmte einzelne Gegenleistungen festgesetzt werden, wonach denn wieder mehrere Obligationen als möglich und beabsichtigt hervortreten. (S. noch Nr. II.)

[1] Die praktische Bedeutung dieser Frage liegt in dem nachher oben im Text hervorgehobenen Umstand, dass bei anzunehmender Mehrfachheit die mehreren einzelnen Obligationen als verschiedene und ohne weiteren Zusammenhang nebeneinander stehen, wie wenn sie als solche entstanden wären, so dass namentlich die Erfüllung oder das Erlöschen für jede der einzelnen abgesondert in Betracht kommt. Allerdings ist bei den durch Willkühr der Betheiligten entstehenden Obligationen deren Absicht vor Allem entscheidend, indessen durch die im Text angegebenen Unterscheidungsmerkmale in sofern begrenzt, als die darin anerkannte Nothwendigkeit nicht modifizirt werden kann, ohne einen Widerspruch hervorzurufen, oder das Unmögliche zu wollen.

[2] Fr. 29. pr. *de V. O. — tot stipul. quot summae, — quot species;* [*quot res*] fr. 86. 140. pr. §. 1. *eod.* (Wegen der letzten Stelle s. Anm. [5].) Das fr. 75. §. 9. *eod.* ist in diesem Zusammenhang und in dieser Beziehung jetzt ohne Bedeutung. Die dritte der im Text gedachten Möglichkeiten wird in den Quellen nicht ausdrücklich erwähnt, sie kann aber keinem Zweifel unterliegen.

[3] Fr. 29. pr. *de V. O. verb. Stipulat. legator. constat unam esse etc.*

[4] Fr. 29. pr. *de V. O. — verb. si pecuniam quis etc.* fr. 86. *eod.*

[5] Fr. 16. §. 1. *de V. O.* (jährliche Leistung) fr. 58. pr. *de Fidejuss.* (Pachtzins auf die ganze Pachtzeit). Fr. 140. §. 1. *de V. O.* steht mit der ersten Stelle nicht etwa in Widerspruch, sondern zeigt nur, dass manche Ausdrücke zu Zweifeln Anlass geben können, ob die Obl. als eine einzige oder als mehrere zu betrachten seien. Zwar ist die Absicht der Kontrahenten dabei vorzugsweise maasgebend, diese aber oft nicht deutlich ausgedrückt; von fr. 140. §. 1. *d.* lässt sich freilich keine unmittelbare Anwendung mehr machen, da es den Sinn einer lateinischen Redeweise feststellt. Für die Vermächtnisse gelten hier, wie öfters, unter Berücksichtigung der Aufrechterhaltung des wahren Willens des Testators, besondere Grundsätze, s. z. B. fr. 20. 26. *Quando dies.*

II. Es giebt sowohl solche Obligationen, welche selbstständig und für sich bestehen, principale, und deren ist die bei weitem grösste Mehrzahl, als solche, die in einem Abhängigkeitsverhältniss zu anderen stehen, accessorische. Dieses zeigt sich darin, dass die letzteren andere Obligationen, um existent werden zu können, voraussetzen, und mit ihnen selbst wieder wegfallen[6], so z. B. die Bürgschaft im Vergleich zur Hauptschuld. Für manche Obligationen trifft nur die Nothwendigkeit jener Voraussetzung zu, d. h. ihre Entstehung hat ausschliesslichen Bezug auf eine andere bereits bestehende, sie bestehen aber selbstständig entweder neben diesen, oder sie treten ganz oder theilweise an deren Stelle; das Verhältniss solcher Obligationen zu einander bietet ausser der Voraussetzung, also, dass die erste Obligation auch wirklich bestand, und der je nach dem Zweck der zweiten vorhandenen Möglichkeit, die erste aufzuheben, keinen allgemeinen doktrinellen Gesichtspunkt weiter dar, sondern das Weitere muss den Formen der einzelnen vorbehalten bleiben. Unter den accessorischen Obligationen giebt es theils solche, die für sich entstehen und dann in die gedachte Beziehung eintreten, wie die beispielsweise genannte, theils solche, die mit der principalen selbst entstehen und darin liegt ein Anknüpfungspunkt an den Inhalt der vorigen Nummer. Es ist nämlich möglich, dass aus einem einfachen Obligationsverhältniss mehrere Leistungen entspringen, von denen die eine eine principale und die andere eine accessorische ist, so namentlich die Uebergabe einer fruchttragenden Sache und die Herausgabe der davon gezogenen Früchte, die Zahlung gesetzlicher Zinsen neben der einer Hauptschuld, die Leistung des Interesse neben der Hauptleistung aus der Obligation. Leistungen dieser Art, also von sog. Accessionen zu Forderungen, sind in der That nur eine Erweiterung der Obligation rücksichtlich ihres Inhalts, also über die principale Leistung hinaus, und das äussert sich vorzüglich darin, dass sie ohne diese für sich nicht geltend gemacht werden können, sondern die Möglichkeit dazu nur aus und kraft jener besteht[6b], andererseits aber der Richter sie, soweit sie ihm erkennbar

[6] Es kommen zwar auch Fälle vor, wo mehrere principale Forderungen in einem solchen Bezug zu einander stehen, dass das Erlöschen der einen das der anderen nach sich zieht, Verhältnisse der Art aber gehören anderen Disciplinen an und finden einen gemeinschaftlichen Berührungspunkt nur in dieser Wirkung, s. z. B. §. 89. C. bei Anm. [12].

[6b] Hier greift zuvörderst der Begriff der Accessionen zu Forderungen ein, vergl. §. 41. Anm. [11]. Durch diesen ist der der accessorischen Obl. dieser Art bedingt, d. h. man sollte hier aus dem im Text angegebenen Grunde eigentlich nicht von einer access. Obl. reden, sondern nur von access. Leistungen. Zu jenem Begriff gehören ausser den oben genannten Gegenständen noch die in der cit. Anm. aufgeführten, soweit sie bei Obl. vorkommen können (vergl. Mühlenbruch §. 360.). Von besonderer praktischer Wichtigkeit ist hierbei der im Text zuletzt gedachte Umstand, vergl. darüber §. 34. Anm. [43], bes. a. E., §. 52. Anm. [41], §. 87. Anm. [20], [24] und [45], und §. 86. Anm. [3]. Wegen der Früchte ist zu unterscheiden, je nachdem sie erst während des Prozesses erwachsen sind, und erst durch denselben in Folge der *mala fides* Verurtheilung in *omnem caussam*, und so auch auf sie, begründet wird, (vergl. §. 33. I. 2. b.) oder vorher. Nur von den ersteren, und zwar auch nur bei persönlichen Klagen, gilt die Bemerkung, dass ihre Leistung nur eine Erweiterung der Hauptleistung ist. Anders verhält es sich mit den anderen seit Begründung der Hauptobligation, resp. seit dem Zeitpunkt der Leistung der Hauptsache erwachsenen. Diese sind als ein Gegenstand der Obl. selbst zu betrachten, fr. 38. *de Usur.* und so lange sie nicht geleistet sind, können sie auch allein, resp. nachgefordert werden, weil dann keine vollständige Solution geschehen ist, fr. 22. §. 2. *de P. A.* fr. 31. §. ult. *Soluto matrim. arg.* fr. 5. pr. *de A. E.* fr. 131. §. 1. *de V. O.* p. 27. *de Solut.* Hierin steht die *in pers. a.* der *in rem a.* gleich, fr. 16. pr. 17. §. 1. *de R. V.* Dagegen können mittelst letzterer auch die, zu deren Herausgabe erst durch den Prozess die Verpflichtung entstanden ist, und welche dem §. 2. *I. de Off. jud.* zuwider im Erkenntniss übergangen sind, be-

sind, ohne besonderen Antrag von Amtswegen zuerkennen muss, indem er nur auf diese Weise das Recht auf das Forderungsverhältniss in seinem gesammten Umfang

sonders nachgefordert werden, vgl. Brackenhöft Identität u. s. w. S. 218. [81] 220 f. Es besteht also rücksichtlich jener Früchte die Obl. selbstständig. Aehnlich ist es mit den Früchten, welche mit einer *condictio* gefordert werden können, also die verzehrten, doch ist diese *obl.* eine abgesonderte und nur durch das Recht auf die Hauptsache bedingt und in sofern accessorisch zu nennen; s. c. 3. *de Cond. ex lege.* Dasselbe, was rücksichtlich solcher Früchte, „deren Leistungsverbindlichkeit gleichsam auf einer besonderen Obl. beruhe," gilt, will Mühlenbruch §. 371. a. E. auch auf andere Accessionen ausgedehnt wissen. Soweit nun von ihm (vergl. §. 360.) hierunter auch das Interesse neben einer Hauptleistung verstanden wird, kann ich das nicht zugeben. Dieses ist in sofern immer nur eine Erweiterung derselben, — fr. 1. *de In lit. jur. — crescere condemnatio potest*, — als mit der Hauptleistung der Obl. selbst deren ganzem Inhalt Genüge geschieht, und es also lediglich darauf ankommt, wieweit der Gläubiger diesen geltend gemacht hat; hat er sich rücksichtlich desselben mit jener allein begnügt, so kommt, wie bei Verzugszinsen, die ja in der That nichts weiter als ein fixirtes Interesse sind, der für diese in c. 4. *Depositi* ausgesprochene Satz zur Anwendung, *ultra non potes experiri, non enim duae sunt actiones, etc.* Annahme der Hauptleistung, wenn diese nur an sich wirklich, d. h. auch vollkommen geschieht, — denn s. fr. §. 3. 1. *Commodati*, — mit Vorbehalt der Forderung des Interesses würde auch nach gleichen Grundsätzen, wie der der Verzugszinsen zu beurtheilen sein, s. §. 87. Anm. [24] u. [11]. Auch sind die oben bei Gelegenheit der Nachforderung der *fructus* cit. Stellen fr. 5. pr. *d.* u. s. w. hierher nicht zu beziehen, weil diese alle eine solche Unvollständigkeit der Leistung und also der Solution voraussetzen, dass diese dem ursprünglichen objektiven Umfang der Obl. nicht entspricht, während die Momente, welche das Interesse formiren, späteren Ursprungs sind und der Beurtheilung des richterlichen *officii* unterliegen, wofür nur die eine Klage auf die Hauptleistung existirt, mit Solution welcher letzteren jene verschwindet. Hierneben bedarf es eines Verweisens darauf, dass nirgends in den Quellen eine Spur davon zu finden ist, dass die Forderung des Interesses nach geschehener Hauptleistung besonders geltend gemacht werden könnte, nicht weiter, so wenig als der Beweisführung aus der Konsumtionslehre der Klagen des R. R., mit welcher unsere Frage für dieses in engster Verbindung steht. Der Fall, wenn überhaupt der Gläubiger von Anfang an nur das Interesse gefordert und sich nachher ergeben haben sollte, dass er ein grösseres hätte berechnen können, bedarf wegen etwaniger Nachforderung gar keiner weiteren Erwähnung; dagegen ist er von dem im Text vorausgesetzten in sofern sehr wesentlich verschieden, als das Interesse hier nicht als sog. Accession erscheint, sondern als ausschliesslicher Hauptinhalt der Obligation, und das ist auch unter Umständen dann möglich, wenn zwar die Hauptsache (ohne Klage), aber unvollständig geleistet worden ist, s. fr. 3. §. 1. *d.* — Ueber die hier behauptete Klaglosigkeit der sog. Nebenforderungen nach vollständig geschehener Hauptleistung oder getilgter Obligation darauf sind auch die Praktiker in der grossen Mehrzahl einig, s. Glück Komm. Bd. IV. S. 429 ff. und die dort Anm. [100] zahlreichen Genannten und die Anzahl derer, welche die Regel: *ubi non deficit jus, ibi non deficit actio* auch hier anwenden und vertheidigen wollen, ist äusserst gering, s. Westphal Lehre vom Kauf, §. 557. Jüngst hat indessen Reyscher in der Zeitschrift für deutsch. R. Bd. 17. S. 1 ff. die Klagbarkeit der Nebenforderungen im weiteren Umfang vertheidigt, (s. auch das. mannigfaltige ältere Lit. über diese Frage) im Besonderen auch gegen Savigny's, Syst. Bd. VI. S. 157. und Wächter's Erört. H. 2. und Würtemberg. Priv.-R. Bd. II. Abth. I. S. 344 ff. mit den diesseitigen übereinstimmende Ansichten. Er betrachtet die fast allgemein verbreitete Doktrin, welche ihnen eine abgesonderte Klagbarkeit nicht zugesteht, als auf eigenthümlichen röm. rechtlichen Bestimmungen basirt, die bei uns als anwendbar vorausgesetzt würden; allein bei uns bedürfe es für den Richter keiner besonderen Instruktion, er handele überall *ex officio;* es sei daher nicht einzusehen, warum der wegen Verzugs oder widerrechtlicher Handlungen zu leistende Zins bei uns weniger Schutz geniessen solle, als die aus Testament oder Vertrag herrührende Zinsverbindlichkeit. Alle diese Nebenforderungen beruhen in dem bestehenden Recht, und *ubi non deficit jus, non deficit*

vollständig zur Anwendung bringt[7]. Nicht minder möglich ist es freilich, dass die mehreren Leistungen principale sind, so die des Pächters, den Pachtzins zu zahlen, und die Sache nach Beendigung der Pacht zurückzugeben. Dieselben Möglichkeiten wiederholen sich bei solchen Obligationsverhältnissen, aus denen je nach den mehreren Leistungen mehrere Obligationen als entstanden zu betrachten sind; so, die Zahlung eines Kapitals sammt Zinsen, und andererseits das Schenkungsversprechen zweier verschiedener Sachen.

III. Handlungen als Thatsachen sind untheilbar, ihr Inhalt aber kann theilbar sein und in sofern ist eine theilweise Leistung derselben und also ein theilweises Erlöschen der Obligation, wie ein theilweises Fordern möglich. Hiernach werden

actio. Dass im R. R. keine Klage gegeben sei, könne uns nicht abhalten, sie einzuräumen, da ja auch sonst die Zinsverbindlichkeit bei uns wesentlich erweitert sei, wie denn dieselbe durch jeden formlosen Vertrag mit oder ohne Verbindung mit dem Hauptgeschäft begründet werde. Gleiches gelte von den Früchten, deren wegen nicht minder eine besondere Klage anzuerkennen sei. Alles komme darauf an, welchen Einfluss man dem gerichtlichen Verfahren und dem Urtheil in der Hauptsache, auf die Forderung von Zinsen, Früchten und Schäden einräume. Das alte Konsumtionsprincip der Klagen sei längst antiquirt. Auch die novirende Kraft der *res judicata* könne nicht soweit ausgedehnt werden, dass, was nicht aberkannt, sondern nur mit Stillschweigen übergangen worden, (*omnis caussa*, Prozesskosten) nicht noch nachgefordert werden könne." — Ich glaube jedoch, dass hiermit zuviel bewiesen ist. Die verneinende Ansicht braucht sich keineswegs auf römische Formalitäten zu berufen. Sind diese Nebenforderungen aus derselben Wurzel, wie die Hauptforderung erwachsen, so sind sie nicht für sich bestehende accessorische Obligationen, sondern accessorische Leistungen, und es kommt Alles darauf an, ob und wieweit sie der Kläger geltend gemacht hat (resp. sie zu- oder ab-, oder wenigstens nicht zuerkannt sind). Es ist auch Rechtens, dass in gewissen Fällen nicht nur *damnum emergens*, sondern auch *lucrum cessans* gefordert werden kann. Ist letzteres nicht gefordert, sondern nur ersteres, und dem Kläger zuerkannt worden, so müsste er nach der entgegengesetzten Ansicht das letztere auch noch jeder Zeit nachfordern können. Wird man das einräumen wollen? So bereit ich bin, Gründen der angedeuteten Art ihr volles Recht zu Theil werden zu lassen, so waren ja doch die gedachten römischen Formvorschriften auch schon zu Justinian's Zeit längst wirkungslos geworden. Und doch sind im Corpus Jur. die zahlreichen betreffenden Stellen sämmtlich ohne Aenderung und ohne die leiseste Andeutung der vermeintlichen Bedingung ihres Ursprungs beibehalten worden.

[7] Wegen der gesetzlichen und Verzugszinsen s. §. 87. Anm. [21] (vergl. den Gegensatz in c. 1. *de Judic.*) wegen der Früchte *arg.* fr. 34. *de Usur.* und §. 2. 3. *I. de Off. jud.* (vgl. Brackenhöft a. a. O. S. 216. [72]); wegen des Interesses neben der Hauptleistung folgt dies aus dessen Gleichstellung mit den Verzugszinsen in Bezug auf die Hauptleistung, s. vor. Anm., ferner daraus, dass es überhaupt an das *offic. jud.* gewiesen ist, s. §. 86. Anm. [15], sowie daraus, dass es unter der *omnis caussa* begriffen ist, welche der Richter von Amtswegen zuzuerkennen hat, s. §. 3. *I. d.* u. fr. 31. pr. *de R. C.* (vergl. auch Wening §. 35. bei [11]). Der entscheidende Gesichtspunkt ist der oben im Text a. E. des Satzes angegebene in Verbindung mit dem Grundgedanken, dass alle diese Nebenforderungen nur eine Erweiterung der Hauptleistung sind und strenge zu dieser gehören. In sofern sind nun allerdings besondere Anträge des Gläubigers nicht nöthig, da der Hauptvertrag so aufgefasst und ausgelegt werden muss, (hierdurch modifizirt sich für Fälle dieser Art die Bemerkung [17] zu §. 86.) jedoch sind dieselben besonders dann zweckmässig, wenn nicht in der Darstellung und Verhandlung über die Hauptleistung solche Nebenforderungen enthalten und erkennbar sind, namentlich in sofern der Gläubiger ein auf besonderen Gründen beruhendes Interesse fordert, damit der Richter, in dem Glauben, es sei kein Grund zu solchen vorhanden, dies nicht übersehe. Indessen ist das immer nur *consilii* nicht *necessitatis*, indem gegen Uebersehen der Art Rechtsmittel zulässig sind, c. 13. *de Usur.* und andererseits die etwanigen Vernehmlassungen des Verklagten noch in dem nun nach einem verurtheilenden Erkenntniss nothwendig folgenden Liquidationsverfahren ihre Stelle finden.

die Obligationen in untheilbare und theilbare eingetheilt[7b]. Dieser Begriff darf jedoch nicht so verstanden werden, dass, wenn eine Leistung ihrer Natur nach theilweise möglich ist, sie nun darum im Einzelfall schlechthin also gefordert oder dem Gläubiger aufgenöthigt werden dürfe[8], sondern das hängt erst noch von besonderen subjektiven Gründen und Beziehungen ab, wobei die Theilbarkeit nur nothwendige Voraussetzung ist. (S. B. z. A.) Auch darauf kommt im Allgemeinen nichts an[9], ob mehrere Theilnehmer an derselben Obligation auf Seite des Gläu-

[7b] Fr. 2. §. 1. *de V. O.* vgl. Buchholtz Vers. S. 56 ff. Warnkönig in Rosshirt's Zeitschrift Bd. III. S. 83 ff. Rubo Theilbark. d. Obl. S. 9. Gleich hier sei bemerkt, dass, wenn ders. S. 22 ff. u. 203 ff. daraus, dass diese und andere hierher gehörige Stellen gerade in diesem Titel vorkommen, schliesst, dass die römische Theorie dieser Lehre nur von *obl. str. jur.* gegolten habe, (vergl. Anm. [37] in der Mitte,) dies unrichtig ist, indem die Principien vielmehr von allgemeiner Natur sind; vergl. *Scheurl de divid. etc. obligat.* Erl. 1835. p. 105 sqq. und Vangerow a. a. O. S. 15. (bei diesem s. auch S. 7. die Lit. über diese Lehre). Es hat ferner Rubo S. 31. u. 52 ff. einen inneren Zusammenhang zwischen *obl. divid.* und *indiv.* und den *obl. certis* und *incertis* angenommen, und aus der Statthaftigkeit der *cond. certi* und *incerti* in gewissen Fällen Rückschlüsse auf die Theilbarkeit gezogen. S. dagegen Vangerow S. 15. [2]. Wo im Folgenden auf diesen Schriftsteller Bezug genommen wird, ist dies stets unbeschadet dieser Zurückweisung seiner beiden gedachten überall mit eingewebten Ansichten geschehen und zu verstehen. Eine Kritik der älteren Doktrin von der Theilbarkeit der Rechte giebt Wächter im Archiv Bd. 27. S. 183 ff. Eine neue Darstellung der ganzen Lehre s. bei Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 303 ff.

[8] Fr. 41. §. 1. *de Usur. de Retes de divid. obl. C.* 1. §. 3. (*Thes. Meerm.* T. VII. p. 608.)

[9] Vergl. Warnkönig a. a. O. S. 83 f. Rubo S. 10. nimmt für diesen Fall an, dass die Regeln hier nicht Platz ergreifen, welche gelten, wenn nur Ein Schuldner und Ein Gläubiger vorhanden sind, „weil dann zuweilen der Schuldner zu mehr verpflichtet sein könne, als worauf dem einzelnen Gläubiger ein Recht zusteht, und umgekehrt der Gläubiger mehr zu fordern habe, als ein einzelner Schuldner zu leisten verbunden sei,“ und zwar auf den Grund des fr. 85. *de V. O.* Diese Auffassung aber kann zu Misverständnissen Veranlassung geben und enthält wenigstens scheinbare Widersprüche. Die Sache verhält sich vielmehr so: wenn nur zwei Personen einander gegenüber stehen, so ist immer nur entweder theilweise Forderung und theilweise Leistung möglich, oder Forderung und Leistung des Ganzen; wenn aber mehrere, Gläubiger oder Schuldner, so ist für den zweiten Fall dieser Alternative, wenn es zur Verurtheilung in das Interesse kommt, eine Theilung der Gesammtsumme, und ausser der Alternative auch noch Theilung der Forderung, nicht aber der Leistung möglich, oder umgekehrt die Nothwendigkeit, das Ganze zu fordern, während die Leistung theilweise geschehen kann, vergl. nachher bei Anm. [19], [20], [27], [32], [35]; — allein ich kann hierin doch nur Modifikationen der einzelnen Regeln erkennen, nicht aber eine Nothwendigkeit, einen allgemeinen Hauptunterschied zu formiren; denn, abgesehen von den nothwendigen Wiederholungen, finden mannigfaltige innere Beziehungen, Folgen und Erklärungen aus ihnen zwischen der ersten und zweiten Voraussetzung Statt, welche eine Trennung widerrathen müssen. — Es wird ferner häufig nach fr. 85. *de V. O.* (s. z. B. auch Rubo §. 12 ff.) eine vierfache Möglichkeit des Verhältnisses mehrerer Gläubiger und Schuldner zu dem Gegenstande der Obl. der Darstellung zu Grunde gelegt, nämlich: Theilbarkeit der Forderung wie der Leistung zwischen ihnen (§. 1. *eod.*) s. Lit. B. im Text; Theilbarkeit der Forderung, nicht der Leistung (§. 4.), s. Nr. 3. im Text; die Möglichkeit, die Klage auf ein Ganzes zu richten, während die Leistung sowohl von mehreren Gläubigern als von den mehreren Schuldnern *pro rata* geschieht (§. 6. 5.), s. Nr. 4. im Text; völlige Untheilbarkeit (§. 2. 3.) s. Nr. 1. 2. im Text. Ich halte aber diese Abstraktionen selbst als Grundlage nicht für zweckmässig, sondern für angemessener, diese Erscheinungen aus der besonderen Beschaffenheit der hier zur Sprache kommenden Obligationsarten erkennen zu lassen und sie somit diesen anheim zu geben. Denn Paulus lehrt in fr. 85. *d.* nichts Anderes und hat nur die Sache von Seite der *executio obligationis*, wie er selbst sagt, aufgefasst, wozu die Bestimmungsgründe wegen mangelnder Einsicht in den Zusammenhang nicht zu ermitteln sind.

bigers oder des Schuldners stehen (s. §. 89.)[10], doch können bei untheilbaren Obligationen[11] hierdurch in ihrer Wirkung auf die Einzelnen besondere Folgen und Erscheinungen eintreten. Zur richtigen Einsicht in diese ganze Lehre sind vor Allem folgende Gesichtspunkte zu unterscheiden und nebeneinander festzuhalten: 1) das Wesen der Obligationsverhältnisse selbst blos in Rücksicht darauf, was dazu gehört, um die Forderungen zu erfüllen, abgesehen von einer rechtlichen Verfolgung derselben. Hier namentlich ist der Begriff der Untheilbarkeit absolut. 2) Die gerichtliche Geltendmachung der Forderungen, in sofern es dabei auf Leistung eines Geldwerths, des Interesses, ankommt, welches an sich immer theilbar ist. Hier verliert sich also jener Begriff; es wird möglich, dass eine faktisch theilweise geschehene Leistung die Grösse des Interesses bedingt, und dass die obligationswidrige oder obligationsmässige Handlungsweise der einzelnen von mehreren Schuldnern und gegenüber einzelnen von mehreren Gläubigern in Betracht fällt. Hier ist auch deshalb der Ort, soweit es zur Vermeidung von Verwechselungen und Misverständnissen erforderlich ist, den Unterschied und die Berührungspunkte zwischen dem Verhältniss mehrerer solcher Gläubiger und Schuldner, und dem Solidarverhältniss in den Hauptzügen kurz zu bezeichnen. Die Untheilbarkeit des Gegenstands der Obligationen ist allerdings ein Grund zur Entstehung von Solidarobligationen, allein übrigens sind diese davon unabhängig. In ihrer Wirkung auf die mehreren Theilnehmer daran treffen die untheilbaren mit den genannten Obligationen in sofern zusammen, dass die Erfüllung der Forderung überall nur auf dieselbe Weise möglich und nur einmal nöthig ist; sobald es aber auf die Leistung des Interesses ankommt, zeigen sich in sofern Verschiedenheiten, als nun bei untheilbaren Obligationen, im Widerspruch mit der subjektiven Beziehung dieses Begriffs, eine Theilung des Gesammtinteresses zwischen den Theilnehmern entsteht, oder, selbst der objektiven Beziehung zuwider, ein Interesse überhaupt nur für oder wider Einen, also theilweise, erwächst, während bei den beiden anderen Arten das Gesammtinteresse von und wider jeden Theilnehmer geltend gemacht werden kann, wiewohl es freilich auch, wie oben gedacht, nur einmal geleistet zu werden braucht. Die Untheilbarkeit der danach benannten Obligationen besteht dann nur noch darin, dass durch die obligationswidrige Handlung Eines oder gegen Einen in der Regel zwar die ganze Obligation sich wirksam zeigt, aber nur nach deren respektiven Antheilen.

Auch ist daraus nichts Sicheres für die wichtige Frage von der Kondemnation in das Interesse zu entnehmen oder zu folgern, die er vielmehr gar nicht berührt. Vgl. Vangerow S. 16.

[10] Es ist einerlei, ob die Mehrzahl von Anfang an vorhanden ist, oder erst später durch Beerbung eintritt, der letztere Fall ist in den Quellen als der häufigere gewöhnlich vorausgesetzt.

[11] Bei theilbaren Obl. würde von Anfang an, oder sobald später, namentlich durch Erbfolge, mehrere an die Stelle eines Gläubigers oder Schuldners treten, sogleich eine Mehrheit von Obligationen entstehen, s. den Text unter B. — Unrichtig ist die bei Aelteren nicht selten vorkommende Meinung, dass untheilbare Obl. mit mehreren Gläubigern oder Schuldnern Korrealobligationen seien. Allein das ist, bis auf den Fall des Textes unter A. 1) (s. auch dort Anm. [19]) für die mehreren Schuldner, darum unwahr, weil dann nicht eine Theilung rücksichtlich des Interesses, wenn es zur Verurtheilung in dieses kommt, möglich wäre, vergl. die in der vor. Anm. cit. Anmm., s. darüber Ribbentrop Korr.-Obl. S. 183 ff. u. S. 231 bis 241. Auch jenen Fall will dieser nur aus der Fassung der Formel erklären, s. indessen Anm. [19]. S. *Eguin. Baro de oblig. divid. etc.* Lib. II. c. 2. (Op. T. III. p. 226. Paris 1562.) auch Vangerow S. 9. — Ueber das Verhältniss der mehreren Schuldner, wonach derjenige, welcher für einen anderen dessen Theil mitleistet, oder wegen einer Handlung desselben (unschuldig) eine Strafe mit erlegen muss, von diesem Ersatz fordern kann, vergl. überh. §. 89. Anm. [52] und s. Anm. [19], [21] Nr. 2), [24], [27], [33] u. [37].

Zu diesen Andeutungen ergiebt sich das Weitere aus dem Folgenden.

A. Zu den untheilbaren Obligationen gehören 1) diejenigen, vermöge deren dem Gläubiger eine Servitut bestellt werden soll[12], mit Ausnahme des Niessbrauchs (s. Bd. I. S. 552.)[13]. Hier ist also weder Verpflichtung zu einem Theil[14], noch theilweises Fordern, noch Leisten, noch Erlöschen[15] möglich. Von mehreren Gläu-

[12] Vergl. §. 57. Anm. [27].

[13] S. auch Rubo S. 39 ff. und bes. wegen der *s. aquaeductus* (fr. 25. *de S. P. R.*) S. 44. *) und wegen des Niessbrauchs S. 48 ff. Ders. S. 40. stellt dem Verhältniss der Servituten das Gebrauchsrecht einer körperlichen Sache, die Mehreren zugleich vermiethet oder geliehen worden, gleich, auch dieses lasse sich nicht theilen und jeder habe es ganz, fr. 5. §. 15. *Commodati.* Allein hier ist nicht von einem Gebrauchsrecht, sondern nur vom Gebrauch als Factum die Rede, der *commodans* oder *locator* hat kein *dare* im röm. Sinn zu prästiren, so dass um der Natur des entstehen sollenden Rechts willen die Obl. dazu untheilbar wäre; auch ist von dieser letzteren Eigenschaft in der Stelle gar nicht die Rede, wohl aber davon, dass hier ein Solidarverhältniss der Schuldner Statt finde, s. darüber §. 89. Anm. [41]. Wollte man dem obigen Fall ein *pactum de commodando etc.* gleichstellen, so würde dies unter Nr. 2) fallen; s. Anm. [22] Nr. 2). — Die Untheilbarkeit des Pfandrechts (Bd. I. S. 608 f.) hat die obgedachte Folge darum nicht, weil die theilweise Bestellung eines solchen, soweit man unter diesen Umständen von diesem Begriff hier überhaupt reden kann, dennoch immer ein ganzes Pf.-R. gewähren würde. Da nämlich die Verpfändung einer Sache *pro indiviso* möglich ist, (s. ebendas. S. 609. und 643.) mithin sowohl vom Eigenthümer an einem Theil derselben, wie von jedem von mehreren Eigenthümern an seinem Theil und zwar nur zu diesem, so ist auch die Leistung einer dessfallsigen Verpflichtung in dieser Art möglich; dem unbeschadet ist das so bestellte Pfandrecht an sich in den in dieser Lehre dargelegten Beziehungen untheilbar, es entstehen also auf solche Weise mehrere. Ist Mehreren gemeinschaftlich ein Pfandrecht zu bestellen versprochen worden, so tritt durch die gemeinschaftliche Verpfändung zwar eine Theilung des Pfandgegenstands (unbeschadet der Untheilbarkeit des Pfandrechts an diesen Theilen) in sofern ein, als nun dieses jedem nach Verhältniss seiner Hauptforderung haftet, s. ebendas. S. 634., wie aber, wenn Einer die Forderung auf die Pfandbestellung allein geltend macht? Dann ist eine theilweise Leistung allerdings nicht möglich, weil ihm doch nicht die Verpfändung eines Theils, sondern des Ganzen versprochen ist, indessen ist darum eine solche Obl. nicht zu den untheilbaren zu zählen, sondern es bestehen vielmehr ungeachtet dem gemeinsamen Entstehungsakt ursprünglich nicht eine, sondern mehrere Obligationen, und darum kann auch Jeder allein die seinige geltend machen. Nur bei einer gemeinsamen Erfüllung tritt daher auch die gedachte Folge ein, und zwar als eine nothwendige Erklärung eines solchen Geschäfts (vergl. Sintenis Pf.-R. S. 445.); in dem vorausgesetzten Fall aber kommt der, welchem man zuerst geleistet, d. h. das Pf.-R. wirklich bestellt wird, dem anderen zuvor, so dass dieser bei späterer Verpfändung *secundus creditor* wird, und im Rang zurücktritt. Hierneben besteht nun zwar allerdings immer noch die Wahrheit unangetastet, dass vermöge der Untheilbarkeit des Pf.-R. eine solche theilweise Leistung oder ein theilweises Erlöschen einer versprochenen Verpfändung niemals möglich ist, wie z. B. bei einer Geldschuld, dennoch kann in dem obigen Zusammenhang im Text eine solche Obl. nicht unter den untheilbaren mit aufgezählt werden, weil es an jeder praktisch möglichen Erscheinung fehlt, auf welche dieser ausdrücklich hervorgehobene Satz zur Anwendung kommen könnte. Denn es lässt sich ausser der gedachten Verpfändung *pro indiviso*, welche gerade im Gegensatz zur Servitutbestellung möglich ist, eine theilweise Verpfändung, die nicht sogleich den Theil als Ganzes erscheinen liesse, gar nicht denken; die theilweise Leistung ist stets die eines Ganzen, nämlich eines Pfandrechts, nur von geringerem Umfang als es sein sollte, und ein solches bleibt es immer, auch bei theilweisem Erlöschen der Forderung, z. B. wenn der Gläubiger schon vor der Leistung einen Theil des ihm zu verpfändenden Gegenstands erwirbt; wenn nach derselben, so besteht das Pf.-R. ebenso am Theil des Ganzen fort. — Wegen anderer Auffassung ist hier unbefriedigend Rubo S. 78.

[14] Fr. 17. *de Servit.*

[15] Fr. 13. §. 1. *de Acceptil.*, *arg.* der Stellen §. 57. Anm. [26].

bigern oder Erben eines Gläubigers kann jeder die ganze Servitut fordern[16], und von jedem von mehreren Schuldnern kann sie ganz gefordert werden[17]. Da übrigens zur Eingehung einer solchen Obligation nicht erforderlich ist, dass der Schuldner Eigenthümer des dienstbar werden sollenden Grundstücks sei, so kann sie auch einer von mehreren Miteigenthümern desselben gültig eingehen; einer von mehreren Miteigenthümern des herrschend zu werden bestimmten Grundstücks hingegen kann dieses nicht. Auch kann, der Untheilbarkeit der Servituten unbeschadet, die Leistung derselben von Seiten mehrerer Schuldner durch deren Einwilligung zu verschiedenen Zeiten geschehen, so dass durch den letzten Akt die früheren bestätigt werden, und auch vorher schon darf sich wenigstens der, welcher seinerseits eine solche abgegeben hat, der Ausübung der Servitut nicht widersetzen[18]. Kommt es aber bei Obligationen dieser Art zur Verurtheilung und Leistung des Interesses, so umfasst dieses zwar auch wider einen einzelnen Schuldner das Gesammtinteresse wegen der ganzen Servitut[19], für einen einzelnen aufgetretenen Gläubiger aber nur dessen Sonderinteresse daran[20].

2) Diejenigen Obligationen[21], vermöge deren eine Handlung im engeren Sinn, d. i. ein Thun geschehen soll, also namentlich die auf Verrichtung einer Arbeit, oder Vollziehung eines Geschäfts oder einer Besorgung gerichteten, ferner diejenigen, welche nur die Uebergabe des Besitzes, die Verschaffung des Gebrauchs vermöge eines darüber erst einzugehenden obligatorischen Verhältnisses, oder die Rückgabe einer Sache betreffen[22], ingleichen diejenigen, wonach eine gewisse

16 Fr. 2. §. 2. *de V. O.* (*v. ex quo etc.*) fr. 17. *de Serv.*, *arg.* fr. 4. §. 3. *Si serv. vind.* vergl. Anm. 20. Mit der Leistung an ihn allein wird freilich die Serv. nicht erworben, s. §. 57. Anm. 19 u. §. 64. Anm. 3. Es kann also der einzelne (wenn nicht die ganze Sache in die Leistung des Interesses übergeht, s. Anm. 20) durch seinen Obsieg nur die Möglichkeit dazu für alle Mitgläubiger erwerben.

17 Fr. 17. *de Serv. arg.* fr. 4. §. 4. *Si serv. vind.* fr. 7. *de Serv. leg.* fr. 80. §. 1. *ad Leg. Falcid.* Die entgegengesetzte Bestimmung in fr. 6. §. 4. *Si serv. vind.* bezieht sich nur auf die der *s. oneris fer.* eigenthümliche Verpflichtung zur Wiederherstellung des dienenden Baus, s. §. 57. Anm. 4.

18 Den Beweis aller dieser Sätze s. §. 64. Anm. 3, dort auch von der analogen Anwendung derselben auf mehrere Gläubiger; s. ferner fr. 136. §. 1. *de V. O.* u. vgl. Rubo S. 133.

19 S. fr. 25. §. 10. *Famil. ercisc.* fr. 2. §. 2. *de V. O.* Denn wegen der Untheilbarkeit der Serv. schuldet sie jeder ganz, vergl. *Baro l. l.* in Anm. 11 und Warnkönig a. a. O. S. 88 ff. Auch würde hier theilweiser Erlass ohne Wirkung sein, vgl. Rubo S. 92 f. Der, welcher sonach das Gesammtinteresse geleistet hat, hat dann den Regress an die übrigen. Vgl. Warnkönig a. a. O. S. 83 f. 90. Schröter in der Zeitschrift Bd. VI. S. 434. Vergl. Anm. 27.

20 Fr. 25. §. 9. *Famil. ercisc.* (*pro parte hereditaria.* Vergl. fr. 4. §. 3. *Si serv. vind.*, wo für die konfessorische Klage das *id quod ejus interest* als Gegenstand der Kondemnation genannt ist, wozu es jedoch jetzt nicht mehr kommen wird, da hier die Exekution durch unmittelbaren Zwang möglich ist; vergl. §. 65. Anm. 12. Eine ältere verworfene Meinung ist in fr. 2. §. 2. *de V. O.* erwähnt). Vgl. Ribbentrop S. 239 f.

21 S. 1. (*obl. in faciendo*) fr. 2. §. 5. fr. 72. pr. fr. 85. §. 2. *de V. O.* (fr. 80. §. 1. *ad Leg. Falcid.* fr. 11. §. 23. *de Leg.* III.) Mehrere gleichartige Handlungen, welche Gegenstand einer Obl. sind, können der Zahl nach getheilt werden, indem sie der Leistung fungibler Sachen zu vergleichen sind, s. fr. 54. §. 1. *de V. O.* (vergl. fr. 1. §. 9. *ad Leg. Falcid.*) während die Handlungen selbst untheilbar bleiben. 2) (*obl. in non fac.*) fr. 2. §. 5. fr. 3. §. 1. in f. fr. 85. §. 3. *eod.* (hierzu Ribbentrop S. 205.) fr. 44. §. 3. *Famil. ercisc.* Wegen fr. 4. §. 1. *de V. O.* s. Anm. 23, 25 und 37.

22 S. 1) fr. 72. pr. *de V. O.* dazu s. Unterholzner a. a. O. S. 215.; *tradere* ist hier nur von der Besitzverschaffung zu verstehen, denn s. Anm. 40. 2) Unter Verschaffung des Gebrauchs ist hier die Eingehung eines analogen, aber nur obligatorischen Verhältnisses, wie bei der *s. usus* zu denken, denn auch in solchen ist der *usus* untheilbar, s. fr. 5. §. 15. *Commodati,* und dazu Ribbentrop S. 122. also z. B. in Folge Kommodats, nur darf man nicht dieses

Handlung unterbleiben und nicht geschehen soll. Für Handlungen dieser Art ist übrigens zu berücksichtigen, dass eine Handlung dem Begriff nach als Eine erscheinen kann, demungeachtet aber mehrere oder viele einzelne gewissermaassen als ihre Bestandtheile umfasst, z. B. der Bau eines Hauses. Dies ändert an deren Untheilbarkeit in sofern nichts, als vermöge der Lehre von der Bestimmtheit der Obligationen eine Handlung stets in einem bestimmten Umfang Gegenstand einer Obligation wird, allerdings aber kann der Umfang des Interesses bei wenigstens theilweise geschehener Erfüllung vermöge des Begriffs des Interesses vermindert werden; dieses ist von thatsächlicher Natur. Ueberhaupt aber gilt von diesen Obligationen folgendes Weitere. In der Regel[23] ist in Fällen dieser Art weder ein

selbst hier verstehen, sondern ein *pactum de commodando*, *de locando* u. s. w. Für diese glaube ich wegen der Natur des Gegenstands Untheilbarkeit der Forderungen annehmen zu müssen, nur nicht mit Untheilbarkeit des Interesses, wie bei der Obl. zu konstituirender Serv., s. Anm. [19] und Anm. [27]. Unrichtig wäre es hingegen, aus Miethkontrakten und aus dem Kommodat selbst eine untheilbare Obl. anzunehmen; über die hier möglichen Solidarverhältnisse s. aber §. 89. Anm. [41]. Nur soweit es aus diesen und überhaupt aus Obl. 3) auf ein *restituere* ankommt, ist allerdings die dazu gehörige Handlung in Bezug auf jeden einzelnen Gegenstand untheilbar, (fr. 3. §. 3. *Commodati*) allein wenn mehrere Schuldner vorhanden sind, kommt noch Folgendes in Betracht. Um restituiren zu können, ist nichts weiter erforderlich, als dass man die Sache in Händen habe; das kann also jeder von Mehreren, für den dieses zutrifft, und darum ist die Verurtheilung natürlich und nothwendig, mithin die Forderung gegen ihn allein zulässig. Hat er sie nicht, so haftet er dennoch, sobald ihn Verschuldung trifft, er also dadurch ausser Stande ist, zu restituiren, und diese Verpflichtung ist, wie die zur Restitution überhaupt, eine solidarische und also nicht aus der Untheilbarkeit zu erklären oder zu folgern, fr. 5. §. 5. *d.*, s. darüber Ribbentrop S. 128 ff. 229., die wegen der eigenthümlichen Natur der Leistung nicht auf andere Verhältnisse ausgedehnt werden kann, s. dens. S. 153. 229 f. Vergl. §. 89. Anm. [41].

[23] Dem Begriff einer theilbaren Handlung widersetzt sich ganz und gar Rubo S. 37. 122. 152. u. a. a. O. (die Theilbarkeit des Interesses giebt er natürlich zu) und auch Ribbentrop S. 215. [27]. Allerdings sind sie wie jede Thatsache als Ganzes untheilbar (s. Nr. III. z. A.), nichts desto weniger aber kommt der Begriff des *factum individuum* im Gegensatz zu dem, *quod divisionem recipit*, in fr. 4. §. 1. *de V. O.* vor, und der Tadel des Paulus in dieser Stelle erstreckt sich nicht, wie Rubo S. 175. und Ribbentrop glauben, auf diese Eintheilung, (s. Anm. [37]). Ich sehe ferner keinen Grund, warum mit letzterem (und Aelteren) hier eine Verschiedenheit der Obl. *in faciendo* und *in non faciendo*, von denen letztere eher als theilbar gedacht werden könnten, oder mit beiden eine solche für die prätorischen Obl. soll gemacht werden dürfen, deren Handlungen nach fr. 4. §. 1. *d.* theilbar sein könnten, (wo nicht sowohl von deren Theilbarkeit, als dem theilweisen Verfallen einer darauf gesetzten Konventionalstrafe die Rede ist, s. Anm. [37]), da es sich hier nicht (resp. nicht nur) um eine positive Bestimmung, sondern um eine philosophische Wahrheit handelt, und man also offenbar in eine Inkonsequenz hineingeräth. Auch hat die Frage von der Theilbarkeit, dem abstrakten Begriff des untheilbaren *facti* unbeschadet, ihr praktisches Interesse. Wenn sich nämlich Mehrere zu Einer Handlung verpflichten, die Arbeit oder Aufwand erfordert, so ist damit gesagt, dass Jeder dazu beitragen kann und soll, und nun die Frage natürlich, ja nothwendig, ob er auf die Gesammthandlung hafte, diese also immer so zu leisten sei, oder nur in Verbindung mit den anderen, und ob daher bei einer Verurtheilung auf das Interesse jeder blos *pro parte* und ohne Rücksicht darauf, ob die anderen solvent seien, zu verurtheilen sei? S. Ribbentrop selbst (S. 130. [11]). Die letzte Frage ist ganz allgemein für alle Handlungen von Bedeutung, s. Anm. [27], und davon sagt fr. 72. pr. *de V. O.* — obwohl *divisio faciendi alicujus corrumpit stipulationem, tamen — ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem, secundum quae Celsus ait posse dici, justa aestimatione facti dandam esse petitionem.* Aber auch die erste Frage ist wenigstens von

theilweises Fordern, noch ein theilweises Leisten oder Erlöschen der Obligation möglich; auch ändert die Theilnahme mehrerer Personen an einer solchen Obligation oder deren Eintritt, z. B. durch Erbfolge, in die Stelle des Gläubigers oder des Schuldners hieran nichts [24]. Es treten aber Ausnahmen bei den Handlungen ein, welche ein theilbares Recht verwirklichen sollen, mithin auch von Einem Schuldner theilweise geschehen können und ebenso von mehreren; denn sie bezwecken dann immer nur eine solche Verfügung der dazu verpflichteten Personen über ihnen zuständige Rechte, oder eine solche rechtlich bindende Erklärung derselben über ein bestandenes Rechtsverhältniss mit dem Gläubiger der Handlung, welche, wenn sie geschehen, nur die einzelnen bindet, also auch von ihnen getrennt ausgehen kann, und ebenso nur den einzelnen von mehreren Berechtigten zu Statten kommt, also auch von ihnen angenommen werden kann [25], — z. B. die Obligation zu einem

der Leistung *pro parte* in soweit zu bejahen, als die ganze Handlung von der Art ist, dass, wenn sie geschehen soll, jeder Schuldner dabei thätig werden muss, und in Bezug darauf auch die vereinzelte Thätigkeitsäusserung des einzelnen Schuldners rechtlichen Werth und Bedeutung hat, s. oben im Text; in sofern ist die Handlung also allerdings theilbar. Ganz ähnlich ist es bei Unterlassungen, denn dabei ist doch, wenn sich die mehreren dazu Verpflichteten demgemäss verhalten, jeder für sich unthätig, nur tritt dies natürlich nicht in positiven Aeusserungen hervor. — S. noch Anm. [25]. Im Wesentlichen gleicher Ansicht ist *Scheurl l. l.* p. 51 sqq., welcher den Begriff des *facti dividui* soweit annimmt, als es der *juris effectus* sei, — *non nomen et appellationem facti, sed vim ejus et effectum in hac quaestione respicere oportet.*

[24] Fr. 131. pr. *de V. O.* Dass der in Anspruch genommene Einzelne seinen Regress an seine Mitschuldner nehmen könne, ist eine Sache für sich, und folgt aus dem gegenseitigen Verhältniss mit diesen, s. die vier letzten Stellen der Nr. 2) in Anm. [21] und §. 89. Anm. [52].

[25] Es ist nicht leicht, hier allgemeine Sätze zu abstrahiren, weshalb denn auch zu verschiedenen Zeiten verschiedene aufgestellt worden sind. Lange galt der schon von Bartolus ausgegangene Satz: *ea facta esse dividua, quae si pro parte compleantur tantam afferant utilitatem respectu partis, quantam afferat totum, si compleatur, respectu totius*, dem jedoch schon *Eguin. Baro* (*de divid. etc. oblig.* Lib. IV. in Op. T. III.), sein Hauptkritiker in dieser Lehre, widersprach. Es ist zwar etwas Wahres daran, aber die einzelnen sind danach nicht sicher erkennbar, vielmehr gewährt er einen zu weiten Spielraum. Aehnliches gilt von Unterholzner's (a. a. O. S. 214.) so gefasster Regel: wenn dergleichen Leistungen rechtlicher Art seien, seien sie theilbar. Diese Bezeichnung ist sogar unrichtig, weil sie auf alle passt, indessen ergiebt der folgende Gegensatz, dass er nur Leistungen theilbarer Rechte meint, die denn allerdings hier die Ausnahme bilden. (Vergl. Vangerow a. a. O. S. 9. u. die dort Gen.) Dieselbe gründet sich auf die innere Nothwendigkeit, wie diese der sie erörternde Zusatz im Text angiebt (vergl. Anm. [23]). Die beiden genannten Schriftsteller leiten sie aber auch direkt aus fr. 4. §. 1. *de V. O.* her, wonach z. B. die *obl.* zur Vornahme einer *liberatio*, zur Beibringung einer *ratihabitio* u. dergl. theilbar sei. Allerdings sind diese Obl. von der im Text gemeinten theilbaren Art, allein die Erwähnung der letzteren ist in jener Stelle wie die des theilbaren und untheilbaren *facti* nur unter Bezug auf eine Pönalstipulation geschehen, denn die *poena* ist doch auch für das letzte Beispiel wiederholt zu denken, und ausserdem hat es mit dieser (wie mit dem *amplius non agi*, s. folg. Anm.) seine besondere Bewandniss, s. Anm. [37]. Direkt also kann der obige Satz nicht auf fr. 4. §. 1. *d.* gegründet werden, welches noch dazu in seiner ersten Hälfte nur von Unterlassungen handelt. Nur indirekt ist dies wegen der anerkannten Theilbarkeit gewisser Handlungen möglich (s. Anm. [23]), und demnächst spricht dafür die Analogie der Stellen unter Nr. 2) der folgenden Anm., ferner die Theilbarkeit der Leistung einer *.res certa*, s. Anm. [40]. Direkt dagegen ist in fr. 18. *Ratam rem* gesagt, dass *pro parte* ratihabirt werden könne und dann die Stipulation nur *in id quod interest* verfalle, welcher gegenüber Rubo S. 174 f. in einen offenbaren Widerspruch geräth. Diese Möglichkeit ist hier ganz allgemein und nicht blos für prätor. Stipul., wenn auch gelegentlich eine solche ausgesprochen, so dass nicht etwa in dieser Hinsicht für sie

Erlass einer Geldschuld, oder zu einer Quittungsleistung; — ingleichen bei denjenigen Unterlassungen, wogegen ein Zuwiderhandeln in Bezug auf Einen nur als gegen diesen geschehen zu betrachten ist, und von Einem ausgegangen nicht das ganze durch die Zusage entstandene Recht verletzt, z. B. ein *pactum de non petendo* [26]. — Auch bei den untheilbaren Obligationen dieser Art aber, z. B. über Ausführung eines Baus, oder freie Gestattung der Ausübung einer Wegeservitut, tritt, wenn es durch die Klage zur Verurtheilung in das Interesse kommt, Theilung in sofern ein, als jeder einzelne von mehreren Schuldnern nur je nach seinem Antheil in dasselbe verurtheilt, und dem einzelnen Gläubiger nur sein besonderes Interesse zugesprochen wird [27].

etwas Besonderes gilt, s. Anm. [37]. Indessen genügt es schon an dem vorher angeführten Grunde. Die Forderung selbst kann hier immer nur auf das Interesse *pro parte* hinauslaufen.

[26] Hier gilt 1) wegen der Begründung des Satzes unter der Voraussetzung mehrerer Schuldner dasselbe, was in vor. Anm. gesagt worden. 2) Für den Fall, dass mehrere Gläubiger vorhanden sind, s. fr. 2. §. 6. in f. (*pro parte ejus qui prohibitus est, committetur stipul.*) fr. 3. §. 1. *eod.* (*non potest — agere, cujus nihil interest*). Auch hier geht die Forderung immer nur auf das Interesse *pro parte*, welches freilich nicht immer gerade eine Quote des Ganzen zu betragen braucht (*arg.* fr. 24. *de R. J.*). Vergl. folg. Anm.

[27] Fr. 72. pr. fr. 131. pr. *de V. O.* (Vgl. Rubo S. 147 f. u. Vangerow S. 10. 11.) Die zweite Stelle ist wie fr. 25. §. 12. u. fr. 44. §. 5. 8. *Famil. ercisc.* nach der ersten zu erklären, nicht etwa, dass vom Einzelnen das Interesse der ganzen Handlung gefordert werden könnte; nach den letzteren beiden kann auch der *pro parte* verurtheilte Mitschuldner, welcher die obligationswidrige Handlung nicht vorgenommen hat, an den schuldigen den Regress nehmen. Hier tritt eine Inkonsequenz im Vergleich zu dem Satz bei Anm. [19] hervor, indem der dort angeführte Erklärungsgrund hierher nicht minder passt. Vangerow a. a. O. S. 10. führt diesen Unterschied darauf zurück, dass dort die Obl. ein *dare*, also ein *certum* zum Gegenstand habe, hier ein *facere*, also ein *incertum*, dass dort also nur die Kondemnation auf Geld gehe, während das Objekt selbst als geschuldet betrachtet wird, hier aber die Schuld selbst nur den Geldwerth des nicht geleisteten Faktums umfasse, (fr. 68. 112. §. 1. *de V. O.* fr. 75. §. 7. *eod.*) mithin im Grunde etwas Theilbares, wodurch dann eine Konsequenz gerettet sein würde, indem nun die Kondemnation in das Gesammtinteresse für den ersten Fall nur auf das Surrogat der Schuld selbst geht. Ich halte diese Erklärung für richtig, indessen kann ich die von dems. und früher schon von *Scheurl l. l.* p. 97. 109. (der deshalb sogar einen neuen Grund der Korrealität annimmt,) daraus gezogene wichtige praktische Folge nicht einräumen, dass, weil im heutigen Prozess die Verurtheilung immer auf das Faktum geschehe, dieses nun selbt als *in obligatione* erscheine, und also auch der einzelne Schuldner *in solidum* (des Interesses) verurtheilt werden müsse. Denn diese Aenderung ist schon nach c. 14. *de Sentent. et interloc.* als geschehen anzunehmen, (s. Sintenis in der Ztschrft. Bd. XI. S. 70 ff.) sie müsste also schon für das neuere R. R. jene Folge gehabt haben, was sich neben der Aufnahme der Pandektenstellen nicht wohl denken lässt, und sicherlich, da die Aenderung eine sehr bedeutende gewesen sein würde, und wenn jene das ausführliche Detail enthaltenden Stellen nur noch historische Bedeutung hätten, nicht unerwähnt geblieben und einem blossen Schluss überlassen worden wäre. S. §. 83. Anm. [2]. Ich glaube daher vielmehr das Verhältniss so auffassen zu müssen, dass ungeachtet des prozessualischen Urprungs der gedachten Verschiedenheit und ihrer darauf zu gründenden Erklärung ihre Anwendung auf unsere Frage eine materiellrechtliche Natur angenommen hat und so stehen geblieben, während die prozessualische Ursache derselben weggefallen ist. (Hiermit stimmt jetzt Vangerow 6. Ausg. S. 11. überein, desgl. Arndts Pand. §. 216. Anm. S. auch den ersteren (S. 11. u. 13.) u. Brinz Krit. Bl. Nr. 3. S. 45 ff. gegen Savigny's (Obl.-R. Bd. I. S. 358 u. 365.) ganz abweichende Darstellung, und rücksichtlich der Haftung der Erben.) — Hat aber einer der mehreren Schuldner die Handlung selbst verrichtet, so kann er an seine Mitschuldner deshalb den Regress nehmen, *arg.* fr. 44. §. 8. *Fam. ercisc.* — In Zusammenhang hiermit folgert Ribbentrop S. 184. daraus,

3) Untheilbar sind ferner die Obligationen auf Auswahl unter mehreren Sachen und die, vermöge deren die zu leistende Sache nur der Gattung nach bestimmt ist[28], indessen mit folgender näheren Bestimmung. An sich ist die Leistung in diesen Fällen theilbar, weil das herzustellende Recht theilbar ist, allein die Eigenthümlichkeit dieser Obligationen schliesst die Theilbarkeit nothwendig darum und in sofern aus, als durch eine Theilung die Leistung wirklich nicht geschieht. Da nämlich doch ein ganzer Gegenstand geleistet werden soll, so würde durch eine Theilbarkeit der Leistung es dahin kommen können, dass ein Theil von dem einen und ein zweiter von einem anderen Gegenstand geleistet werden dürfte[29]. Dagegen ist ein theilweises Erlöschen der einen oder der mehreren Forderungen mit Verminderung ihrer Gegenstände möglich, so dass ein Theil desselben ebensowohl in der Obligation bleiben, als von Anfang an sein kann[30]; denn hier macht sich der vorher gedachte Grund geltend, während die erwähnten Voraussetzungen nicht eintreten. Es ist ferner die theilweise Leistung desselben Gegenstands hier nicht ausgeschlossen, jedoch so, dass ihre Wirksamkeit bis zur Leistung des Rests erfolglos ist und erst von diesem abhängt, bei verändertem Entschluss aber und in Folge dessen geschehender Leistung eines anderen Gegenstands der geleistete Theil des ersteren zurückgefordert werden kann[31]. Sind der Schuldner mehrere, so zeigt sich dieselbe Nothwendigkeit vermöge der Konsequenz, wenn einer den Anfang damit macht, den ihm zuständigen Theil an einem Gegenstand zu leisten[32]. Dagegen erstreckt sich

dass zwar bei untheilbaren Obl. jeder einzelne von mehreren Gläubigern klagen, und jeder von mehreren Schuldnern verklagt werden könne, wo aber auf das Interesse erkannt oder die Exekution darauf gerichtet ward, dieses sich theilte, heutiges Tags, weil nicht nur auf den ursprünglichen Gegenstand geklagt werden könne, sondern auch die Exekution des darauf gerichteten Urtheils Statt finde, wenn ein einzelner Schuldner belangt werde, und es sich nicht blos um die Prästation des Interesse handele, eine *exceptio plurium litis consortium* begründet sei; — allein das kann ich nicht zugeben, es ist vielmehr in der Exekution, trotz des möglichen veränderten Inhalts der Urtheile, eine Veränderung nicht eingetreten, s. §. 83. Anm. 2 und Sintenis Erl. Bd. I. S. 87. gegen die hier angeblich nöthige *exc. plur. lit. cons.*, sondern die Sache verhält sich so. Möglich ist nur, dass die Exekution entweder auf das Interesse *in solidum* oder *pro parte* geschehe. Das Erstere könnte darauf gestützt werden, dass das Urtheil dem Obsiegenden den ganzen Gegenstand zusprach und Ungehorsam ihm diesen nicht verkümmern darf. Inzwischen ist das allein mögliche Surrogat dafür das Interesse, und dieser Begriff hat für sein konkretes Erscheinen seine bestimmten Voraussetzungen. Nun sehe ich aber keinen Grund, warum hier etwas Anderes gelten und die Berechnung nach einem anderen Maasstabe geschehen soll, als wenn ursprünglich auf das Interesse geklagt ist (s. auch Anm. 20), denn auch der ganze Gegenstand (*solidum*) hat ja für den einzelnen Gläubiger keinen grösseren Werth, als sein Interesse beträgt, und er erhält mithin auch auf diese Weise volles Genüge seiner Forderung. Ein Nachtheil also entsteht dabei weder für den Schuldner, nämlich durch die bevorstehenden Klagen der übrigen Gläubiger, denn er zahlt nach diesen Voraussetzungen immer allen zusammen nicht mehr, als er schuldig ist; noch etwa für diese selbst, denn ihre Ansprüche auf die respektiven Beträge des Interesses bleiben bei theilweiser Leistung desselben an Einen übrigens unverkürzt bestehen. Vergl. jetzt auch Helmolt Corr.-Obl. S. 43.

[28] Fr. 2. §. 1. fr. 85. §. 4. *de V. O.* vergl. *Scheurl l. l.* p. 102.

[29] Fr. 85. §. 4. *d.*

[30] Fr. 17. *de Acceptil. arg.* fr. 2. §. 3. *de V. O.* vergl. Rubo S. 119 ff. von generellen Obl. muss dasselbe gelten.

[31] Fr. 26. §. 13. *de Cond. indeb.* (Fr. 2. §. 1. *de V. O.* widerspricht dieser Stelle nicht etwa in sofern, dass die Rückforderung des gegebenen Theils vor der Entrichtung des anderen Ganzen zulässig sei, sondern diese ist dabei vorausgesetzt, s. die bei Vangerow S. 14. gen. Interpr.)

[32] Fr. 2. §. 1. *de V. O.* (*v. nam si Stichi pars etc.*, angewendet auf den Fall der *stipul. Stichum*

vermöge der gedachten Theilbarkeit des Gegenstands in rechtlicher Beziehung die Verpflichtung des Einzelnen nicht über seinen Antheil hinaus; sie kann also abgesondert von denen der übrigen erlöschen, und eine Verurtheilung auf das Interesse kann niemals denselben übersteigen[33]. Sind der Gläubiger mehrere, so wirkt die Untheilbarkeit darin, dass sie ebenfalls die Leistung eines und desselben Gegenstands, und nur diese, verlangen können, und durch theilweise Leistung verschiedener Gegenstände an die mehreren Gläubiger Befreiung von der Schuld nicht eintritt[34], während die Theilbarkeit der Obligation vermöge der des Gegenstands ebenso wie vorher sich wirksam zeigt[35].

4) Wenn in Zusammenhang mit einer Leistung eine Strafe für den Fall ihres Ausbleibens beabredet worden ist, so entsteht ebenfalls eine Untheilbarkeit der Obligation dazu, jedoch nur in sofern, dass, wie beim Eintritt einer Bedingung, die Strafe verwirkt ist, sobald die Leistung nicht vollständig erfüllt wird[36], also, auch wenn nur einer von mehreren Schuldnern damit zu seinem Theil in Rückstand ist, von jedem sein Antheil daran eingezogen werden kann; doch kann der, welcher sie allein verwirkt hat, von den übrigen auf Ersatz der gezahlten Antheile belangt werden[37]. Sind der Gläubiger mehrere, so zeigt sich hier eine Abweichung von

aut Pamphil. dari, und dass mehrere Eigenthümer als Schuldner vorhanden sind und einer seinen Antheil am Stichus übergeben hat.) fr. 85. §. 4. *eod.* fr. 26. §. 14. *de Cond. indeb.* Vergl. Rubo S. 109 ff.

[33] Diese Sätze folgen aus dem im Text angegebenen Grunde und arg. fr. 2. §. 3. *de V. O.* fr. 17. *de Acceptil.* u. fr. 85. §. 4. *de V. O.* (*v. petitio scinditur* und *Idem juris est etc.*) in Anwendung auf den Fall, dass Mehrere Schuldner sind. Will der einzelne Schuldner es nicht dazu kommen lassen, so kann er sich nur durch Leistung des Ganzen befreien. Hat keine Vereinigung der übrigen Schuldner dazu Statt gefunden, so ist der Einzelne, sobald er nur *bona fide* gewählt hat, in seinem Recht, wenn er das Ganze geleistet hat, und kann deshalb durch die *negotior. gestor. a.* oder *famil. ercisc. a.* Regress und Schutz suchen, arg. fr. 18. §. 3. 4. *Famil. ercisc.* c. 3. *de Negot. gest.* c. 18. §. 1. *Famil. ercisc.* vergl. Rubo S. 112., es muss also namentlich die von ihm *bona fide* allein vorgenommene Wahl die übrigen vermöge der *negotior. gestio* binden, wenn unter ihnen nach fr. 12. *de Optione leg.* Uebereinstimmung nicht zeitig zu erlangen gewesen ist. Vergl. vor. §. Anm. [52] a. E. und nachher Anm. [35].

[34] Fr. 26. §. 14. (*coll.* §. 13.) *de Cond. indeb.* durch Annahme verschiedener Theile von Seiten aller würde freilich wider jeden, wenn er nun klagen wollte, *exc. doli* begründet sein. — Vergl. Fritz S. 173.

[35] Fr. 85. §. 4. *de V. O.* Es kann m. a. W. nur Jeder *pro parte* fordern und sein Recht kann erlöschen, während das des Mitgläubigers auf den anderen Theil bestehen bleibt. Vorausgesetzt hierbei ist natürlich, dass, wenn den Gläubigern die Wahl zustand, sie sich darüber vereinigt haben, s. vor. §. Anm. [52]. — Die Stellen der Anm. [31] u. ff. beziehen sich zwar nur auf alternative Obl., es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass die sog. *obl. generis*, welche jenen sonst überall gleichgestellt wird, ihnen auch hierin gleichstehen. Vergl. Rubo S. 110. und 63 ff.

[36] Fr. 25. §. 13. *Famil. ercisc.* fr. 13. §. 2. *de Reb. dub.* fr. 47. *de A.E.* Wegen c. 9. X. *de Poenis* s. Wening §. 236. *ll.*) u. dazu Fritz S. 319.

[37] Fr. 4. §. 1. (*pro port. hered.*) fr. 5. §. 3. 4. fr. 85. §. 5. (*sed unicuique pro parte hered. praestatio injungitur*) 6. *de V. O.* Die erste Stelle scheint für einige Fälle, wo mehrere Schuldner *sub poena* etwas leisten sollen, das Gegentheil zu bestimmen. Es kommt zur Auslegung dieser dunkeln Stelle (s. die Lit. darüber bei Vangerow S. 7.) vorerst auf den Sinn der Worte: *sed videamus etc.* an, worin Paulus zur Beleuchtung der Ansicht des Cato übergeht. Dass darin kein Rückbezug auf das *pr.* der Stelle liege, wie man sonst annahm, darüber ist man jetzt einig, s. Ribbentrop Korrealobl. S. 217. Anm. [27], *Scheurl l. l.* p. 26 sqq. Vangerow S. 12. — *Cujacius Op.* T. I. p. 1160. erklärt den Uebergang des Paulus zur Eröffnung seiner eigenen Ansicht, gegenüber der des Cato, als eine Art von Bejahung, für *forsitan* und dergl. (hierdurch wird aber doch der Zusammenhang und wahre Sinn des Uebergangs nicht ganz klar, s. nachher) und seine eigentliche Meinung über die *Stipul. amplius non agi* davon,

der Konsequenz darin, dass, wenn nicht allen geleistet wird, die eigentlich nun für jeden begründete Forderung der Strafe dennoch von Seiten derer, welche ihren

non est autem idem (d. h. *eadem ratio*, *idem sensus*) *in stip. per te non fieri*, *sed magis quod in illa*, *te heredemque tuum ratum habiturum*, wo Theilung *pro* und *contra* die einzelnen Statt finde. (Diese Gleichstellung erhellt allerdings aus fr. 23. *Rem ratam.*) Der Unterschied sei nur der, dass die *stip. amplius non agi* vom *dominus*, und jene vom *procurator* ausgehe. Dass nun hier die Pönalstipulation nur *pro parte* verfalle, erkläre sich daher, weil diese *stipul. praetoriae* seien, und diesen sei, *ut ex parte promissoris uno committente stipulat.*, *non committant et ceteri*, nach fr. 32. §. 2. *ad Leg. Falcid.* eigenthümlich. Andere haben die Eintheilung der *facta dividua* und *individua* in fr. 4. §. 1. *d.* ausschliesslich von den Unterlassungen verstanden wissen wollen, s. *Donellus Comm. Lib.* XV. c. 6. §. 14. (auch Ribbentrop S. 216. neigt dahin, deshalb die Eintheilung als eine allgemeine abzulehnen). Indessen leuchtet mir ein Unterschied der *facta* von dieser Seite her nicht ein. Von den neueren Erklärern nimmt Vangerow S. 11. nach unserer Stelle wiederum, wie schon früher geschehen, (s. bei Rubo S. 165.) für theilbare Handlungen Theilung der Strafe an, das *sed videamus* von einer Bejahung erklärend, und S. 13. lehrt er nach den anderen Stellen schlechthin Untheilbarkeit, (hier jedoch ohne Bezug auf jene Stelle,) ohne dass sich eine Vereinigung des Widerspruchs findet. Rubo a. a. O. S. 168 ff. und Ribbentrop nehmen die Cujas'sche Erklärung wieder auf, dass ausschliesslich die *praetoriae stipul.*, bei deren Auslegung besonders auf *aequitas* Rücksicht genommen werde, (fr. 52. pr. *de V. O.* fr. 9. *de Praetor. stipul.*) rücksichtlich der *poena* theilbar gewesen seien. Paulus tadle daher den Cato. Ich halte diese Unterscheidung allerdings für richtig, also nur in Bezug auf Pönalstipulationen, dagegen aber für unrichtig, den Zusatz des Paulus von einem Tadel der Unterscheidung theilbarer und untheilbarer Leistungen überhaupt zu verstehen (vergl. Anm. 23, 25.). Der Beweis der Eigenthümlichkeit der prätorischen Stipulation gegenüber den *conventionales* beruht in den schon citirten Stellen selbst, und ausserdem in fr. 7. §. 7. *de Praetor. stipul.* (*in quibus respondetur*, *scindi eas in personas hered. etc.*) Die Worte: *Sed videamus etc.* bedeuten also wörtlich: „Es ist aber zwischen diesen (*iter fieri* und *ampl. non agi*) Beispielen überhaupt ein Vergleich, eine Zusammenstellung nicht möglich, sondern das letztere enthält vielmehr eine prät. Stipul., wie die *rem ratam hab.*, bei welcher allerdings dessen Straftheil allein verfällt, wer nicht ratihabirt u. s. w. Paulus verwirft also eine generalisirende Ausdehnung der den prätor. Stipulationen zukommenden Eigenthümlichkeit, aber weiter nichts. (S. schon deutsch. Corp. Jur.) Es entsteht nun aber die Frage, welche praktische Bedeutung die Stellen über die prätorischen Stipulationen haben, oder welcher sonstige Einfluss denselben eingeräumt werden kann? Es wäre hier die doppelte Ansicht möglich: einmal, dass, nachdem zwar die Form der Stipulation ganz verschwunden und die einfache Konvention an deren Stelle getreten, auch die Lehre von den Kautionen mannigfache Umgestaltung erlitten habe, (s. §. 35. I.) dennoch ein Grund nicht vorhanden sei, die Eigenthümlichkeiten solcher Strafkonventionen als verwischt zu betrachten, welche gar nicht wesentlich mit den *praetor. stipul.* zusammenhängen, sondern nur vermöge einer weniger strengen Rechtsansicht ihnen beigelegt worden seien, ja, vermöge deren anerkannten *bonae fidei* Natur (vgl. Rubo S. 170.) spreche vielmehr dafür, diese Eigenthümlichkeit nun als generalisirt anzunehmen (s. dens. S. 203 ff. wo er für andere als *str. jur. obl.* einen durchgreifenden Grundsatz hinsichtlich der Theilbarkeit und Untheilbarkeit für unmöglich hält, und dies nach den Umständen des Einzelfalls bestimmt wissen will). Andererseits lässt sich aber sagen: die *stipul. praet.* sind gänzlich antiquirt, daher kann ihr wesentlicher Inhalt heutzutage, soweit er nicht unter den Gesichtspunkt prozessualischer Kautionen tritt und von diesem aus zu betrachten ist, nur in rein konventioneller Form erscheinen, und zwar namentlich, worauf es hier ankommt, soweit er eine Konventionalstrafe begreift. Da nun die Grundsätze der Theilbarkeit und Untheilbarkeit auf inneren Gründen beruhen, so ist ein solcher Schluss um so unstatthafter, je sicherer und bestimmter die anderen Stellen lauten, und namentlich in fr. 5. in f. das Verfallen der ganzen Strafe nicht von einem formellen Moment abhängig gemacht wird, sondern weil *aliud sine injuria stipulatoris constitui non potest.* Das Gewicht dieser letzteren Gründe wird an sich schon überwiegend er-

Antheil erhalten haben, mit Erfolg nicht geltend gemacht, sondern ihr *exceptio doli* entgegengesetzt werden kann [38]. — Ein [39] diesem ähnlicher Fall ist der, wenn

scheinen, folgende Erwägung aber wird die Entscheidung und somit die Wahrheit vermitteln. In allen den Stellen, welche der Eigenthümlichkeit der prätorischen Stipulationen gedenken, ist vorausgesetzt, dass an die Stelle des ursprünglichen Schuldners mehrere Erben getreten sind, und in Anwendung auf den allein, welcher zuwider handelt, wird die eintretende Theilung als eine Folge der Auslegung des Geschäfts hervorgehoben, aber als eine diesen Stipulationen gemeinsame und eigenthümliche, während in fr. 5. in f. *d.* das Gegentheil den Konventionalstipulationen als eigenthümlich genannt ist. Jene Rücksicht wird nun nur etwa daraus erklärlich, dass der Grund zu solchen Stipulationen in einer Nothwendigkeit und nicht in freier Willkühr, wie bei den letzteren, besteht, denn der Verstoss gegen die Konsequenz wird in fr. 2. §. 2. *d.* ausdrücklich anerkannt (*v. quamvis possit dici etc.*), und sonach läuft es mit einem Wort auf eine Ausnahme hinaus. Dieser nun kann, nachdem die Gelegenheit dazu antiquirt worden, kein mittelbarer Einfluss auf die allgemeinen Strafkonventionen eingeräumt werden, wodurch die ganz bestimmten und auf triftigen inneren Gründen (*injuria stipul.*) ruhenden besonderen Regeln für diese aufgehoben werden würden. Dagegen aber ist es allerdings ganz unbedenklich, und versteht sich ohnehin von selbst, dass durch diese Regeln die Theilung des Verfalls der Strafsummen in Einzelfällen, wenn die Interpretation des Vertrags eine solche als beabsichtigt erscheinen lässt, keineswegs ausgeschlossen ist. — Hierdurch ist denn auch die praktische Bedeutung der auf die *ratihabitio* in Folge der *stipul. ratihab.* bezüglichen Vorschriften in fr. 4. §. 1. in f. *de V. O.* fr. 17. 18. *Rem ratam etc.* erledigt; vgl. über diese Stellen Rubo S. 173 ff.

[38] Fr. 2. §. 6. fr. 3. §. 1. *de V. O.*

[39] In Bezug hierauf haben folgende hierher gehörige Stellen: fr. 85. §. 5. fr. 139. *de V. O.* u. fr. 62. §. 1. *de Eviction.* den Auslegern von jeher viele Schwierigkeiten gemacht, s. die bei Glück Bd. XX. S. 410. Anm. 96 Gen. u. bes. Ribbentrop S. 198 ff., welcher die Bedenklichkeiten ausführlich erörtert. Dagegen ist Vangerow S. 16. mit *Scheurl l. l. l.* p. 45 sq. (wobei er aber die dritte Stelle nicht berücksichtigt,) der Meinung, die Sache verhalte sich einfach so: „die Obl. zur Eviktionsleistung trete nur dann ein, wenn der Verkäufer nicht vollständig den drohenden Rechtsstreit auf sich nehme, indem es sonst für jene an der nöthigen Voraussetzung fehle, weil nun dieser eventualiter die *lit. aestim.* zu leisten habe. Seien der Auktoren mehrere, so fordere der Käufer von allen die prozessualische Vertretung, und dieses müsse ihm *in solidum* gewährt werden, so dass, wenn auch nur Einer sich dazu nicht verstehe, den Uebrigen ihre Bereitwilligkeit nichts helfe, und also nach geschehener Eviktion die Obl. zum Ersatz deshalb für Alle eintrete, aber *pro part. hered.* Somit sei es ganz ähnlich, wie bei der Pönalstipulation.“ Ich halte diesen Grundgedanken allerdings für richtig; es scheint mir aber die Gestaltung der Dinge hiermit nicht hinlänglich aufgehellt zu sein, und manche Schwierigkeit ist dabei gar nicht berührt, namentlich gegenüber dem Satz, dass auch, wenn nur Einer bereit dazu ist, er nach fr. 62. §. 1. *d.* allein den Prozess führen und für alle gewinnen (andererseits aber auch für alle verlieren) kann. Die Schwierigkeiten, welche Ribbentrop findet, sind in folgender Erwägung enthalten (S. 199.): „Das, was die einzelnen Erben des Verkäufers *pro parte hered.* zu leisten haben, ist die *dupla*. Da nun diese, sobald sie Gegenstand der Obl. geworden, als getheilt erscheint, so folgt, dass jeder Theil in einem besonderen Prozess geltend gemacht werden kann. Was ist aber in den Stellen über das Verhältniss der mehreren Erben des Verkäufers vor verwirkter *dupla* gesagt? Gewöhnlich versteht man die Stellen von der Verpflichtung, den Käufer in dem Prozess gegen den Evincenten (mit dessen Bewilligung) förmlich zu vertreten, welche durch die *duplae stip.* ausdrücklich eingegangen worden sei. Da sich nun nicht annehmen lässt, dass die *dupla* schon dann verwirkt worden sei, wenn auf geschehene Aufforderung des Käufers die Vertretung nicht erfolgte (S. 206.), so muss in fr. 85. §. 5. *d.* eine Leistung gedacht sein, die an sich Erfüllung *pro parte* zuliesse, aber einer versprochenen *poena* wegen *in solidum* bewirkt werden muss, wenn nicht alle haften sollen, hier also die Verpflichtung, die Eviktion, gleichviel wie, abzuwenden. Es ist darin mithin gesagt, dazu seien dem Käufer alle Erben des Verkäufers verbunden, und wenn einer auf geschehene Aufforderung dazu ausbliebe, so

mehrere Verkäufer als Auktoren dem Käufer für den Fall der Entwährung des Kaufgegenstands eine bestimmte Summe als Ersatz zugesichert haben.

könnten die übrigen, sobald nicht die Eviktion vollständig abgewendet worden, nicht bewirken, dass blos jener und nicht alle hafteten. Da nun aber die *stipul. habere licere spondes*, worauf die *stip. duplae* gerichtet war, als auf ein *facere* gerichtet, auch ohne versprochene Strafe untheilbar war, so habe sich Paulus in der Wahl des Beispiels offenbar vergriffen. — Die zweite Stelle scheine am befriedigendsten davon erklärt zu werden, dass darin ganz bestimmt an eine förmliche Vertretung des Käufers gedacht sei; das blosse Erscheinen in Folge der Aufforderung helfe nichts, und also würden die Erschienenen wie die Ausgebliebenen behandelt; die Worte *quia in solidum defendenda est venditio*, *cujus indivisa natura est*, seien davon zu erklären, dass es Handlungen gebe, die an und für sich Erfüllung *pro parte* zulassen würden, aber als Gegenstand einer *str. jur. obl.* untheilbar gedacht werden müssen, und dazu gehöre das *defendere* (S. 214. 17.). Die dritte Stelle endlich (*una de evict. obl. est,*) setze ausser Zweifel, dass die *dupla* nicht der Grund sei, aus dem hier eine Erfüllung *pro parte* nicht Statt finde. Denn nur, wenn man sich den Gegenstand der Obl. als etwas Untheilbares, also jeden der Erben *in solidum* obligirt denke, sei eine einzige ungetheilte Obl. mit mehrfacher subjektiver Beziehung vorhanden. Wäre die *dupla* der Grund, so finde doch immer eine getheilte Obl. Statt. — Uebrigens ergebe sich aus Allem, dass die Verpflichtung mehrerer Erben vor erfolgter Eviktion, welche durch die Litisdenunciation geltend gemacht werde, allerdings eine direkte Beziehung derselben ungetheilten Obl. auf mehrere Schuldner enthalte; in sofern aber nach der Eviktion die Obl. als völlig getheilt erscheine, sei auch hier kein Korrealverhältniss zu suchen.“ (S. 222. Die Ausführung in Bezug auf die Korrealobligation kommt hier nicht weiter in Betracht, s. §. 89.) Mir scheint zur weiteren Aufhellung und Einsicht in die hier vorwaltenden Verhältnisse Folgendes zu berücksichtigen zu sein. Nach R. R. war die *duplae stipulatio* gewöhnlich, und sogar gesetzlich, um ein eventuelles Eviktionsquantum festzustellen (fr. 2. 37. *de Evict.*), und damit ist auch die Verpflichtung verbunden zu denken, den Käufer in der vorher gedachten Weise ganz und gar zu vertreten, wenn er in Vindikationsprozess gerathen sollte, was von der blossen Assistenz wohl zu unterscheiden ist (s. Ribbentrop S. 201.). Hierzu ist von mehreren Auktoren jeder *in solidum* verpflichtet, es muss ihnen aber zu dem Ende allen *lis* denunzirt werden. Hierneben besteht die Verpflichtung des Käufers, wenn sich jene passiv verhalten, nichts an der Vertheidigung zu versäumen, für sich; siegt er unter diesen Umständen ob, so verfällt, vermöge des Begriffs *evictionis nomine*, natürlich die *dupla* nicht. Wenn er ihn aber schuldlos verliert, so ist es nicht, wie bei der einfachen *obl. habere licere*, die zu Nr. 2, im Text gehören würde. Denn in dem hier vorausgesetzten Fall ist nicht, wie bei jener, das Interesse, sondern eine bestimmte Summe Gegenstand der Forderung, für deren Existentwerden aber die gar nicht, oder wegen der Untheilbarkeit so gut wie nicht (*pro parte*), geschehene Erfüllung der Obl. rücksichtlich der Vertretung des Käufers Bedingung; es bietet also dieses Verhältniss noch eine andere Seite und damit eine unverkennbare Aehnlichkeit mit der Pönalstipulation dar. Es ergeben sich nämlich nun diese Folgen. Ist, abgesehen von einer Mehrzahl der Schuldner, die Eviktion nur zum Theil an dem Gegenstande eingetreten, so verfällt die *dupla* nur *pro rata*, fr. 56. §. 2. fr. 64. pr. *de Evict.* Sie ist mithin an sich theilbar. Sind der Schuldner aber mehrere, so kann zwar Einer für Alle den Prozess auf sich nehmen, und wenn er ihn gewinnt, kommt die Leistung der *dupla* freilich nicht zur Sprache; wenn er ihn aber verliert, so treffen die Folgen alle, denn wenn nun der Käufer die Sache überliefern muss, so verfällt natürlich die *dupla* wider alle *pro part. hered.* Diese Nothwendigkeit ist nämlich nach fr. 62. §. 1. *d.* darum, dem fr. 68. *de R. V.* gemäss, als möglich anzunehmen, weil darin vom Käufer gesagt ist, dass er, wenn *unus omnibus evictionis nomine vincitur* gegen alle klagen könne, so dass mithin der Eintritt des einen Auktors, oder aller, für ihn die *ablatio manu militari*, wie sich ohnehin versteht, nicht abwenden kann, und die Verurtheilung jenes *in rei aestimationem* keine allgemeine Nothwendigkeit ist. Kommt es aber zu dieser, so hat sie dennoch nur dann die Wirkung, dass die Obl. der Vertretung dem Käufer gegenüber als erfüllt erscheint, wenn sie *in solidum* geschehen, d. h. wenn der eine aufgetretene Auktor (oder die mehreren) ihrer Obliegenheit in sofern

B. Alle übrige Obligationen im Gegensatz zu den vorher aufgezählten sind

genügt haben; es ist mithin nicht möglich, und hilft zu nichts, dass einer *pro parte sua* dazu oder zur Uebernahme der Vertretung bereit wäre, sondern die *dupla* verfällt hier, resp. *pro partib. hered.*, wider alle, auch den in letzterer Art Bereitwilligen. — Es sind also drei Obl., von welchen in den Stellen die Rede ist, 1) die des Käufers zur Lit. Denunc. an alle Auktoren (*in solidum denunciandi*, *conveniendi sunt*, fr. 85. §. 5. *d.* fr. 139. *d.* vgl. Ribbentrop S. 211. s. Sintenis Erl. Bd. I. S. 81. fr. 62. §. 1. *d. v. omnibusque denunciari*). Der Natur dieser gemäss kann freilich ihre Erfüllung durchaus in keiner anderen Weise in Betracht kommen, als in der Eigenschaft einer Voraussetzung, um *evictionis nomine* gegen die Denunciaten klagen zu können, indem sonst dem Auktor ein Except. Recht daher zusteht. 2) Die Obl. sämmtlicher Auktoren zur Vertretung des Käufers (diess. Stellen *verb. omnesque etc. — quia in solidum, — omnes defendere debent;* über das *subsistere* und *defugere* in diesen Stellen s. Ribbentrop S. 202. [8]). Diese wird erfüllt, auch wenn nur einer den Prozess *in solidum* übernimmt und gewinnt, oder verliert und die ganze *litis aestimatio* erlegt. Geschieht das nicht und erfolgt die Eviktion, so ist damit die Bedingung eingetreten, unter der nun 3) die Obl. der *praestatio duplae* gegen alle *in solidum* verfällt, aber dergestalt, dass jeder Auktor ohne Ausnahme *pro parte* derselben in Anspruch genommen wird (diess. Stellen *v. omnes tenebuntur sed unicuique etc.*). — Nach dieser Auffassung muss ich allerdings auch behaupten, dass Paulus sich in der ersten Stelle in der Wahl des Beispiels vergriffen habe, was wohl nur zur Nachweisung des von ihm an die Spitze gestellten vierfachen Gegensatzes von *solidum* und *pro parte petere* und *praestare* geschehen sein mag, allein aus einem anderen Grunde als Ribbentrop (S. 212.); denn das *in solidum agi oportet*, wovon er (§. 5.) ausgeht, ist auch nur auf die Litis-Denunc. zu beziehen (s. vorher die Parenth.), und somit ist darin gar nicht von einem eigentlichen klagweisen Fordern einer Summe die Rede; das *pro parte praestare* aber ist nicht Folge jenes *agere*, sondern des darauf unterbliebenen *defendere* von Seiten der Auktoren. Ja, das nächste Beispiel (§. 6.) von der Pönalstipulation passt darauf auch nicht, indem wenigstens eine Nothwendigkeit, den ganzen *fundus* oder die ganze Strafe zu fordern, gar nicht besteht, sondern dies dem Belieben des Gläubigers anheim gegeben sein muss; nur wenn er will, kann er trotz theilweiser Erfüllung die ganze Strafe, aber nur *pro parte* von jedem Schuldner fordern. Dagegen kann ich mit dems. S. 209. keine Schwierigkeit darin finden, dass es der *dupla* bedürfe, um die Obl. des *habere licere* in dem Fall der ersten Stelle untheilbar erscheinen zu lassen; allerdings würde sie das auch schon nach Nr. 2) im Text sein, allein nur auf das Interesse, nicht auf eine bestimmte Summe, und in sofern verleiht sie, gleich der *poena* der Pönalstipulation, der Obl. einen eigenthümlichen Charakter, indem diese in beiden Fällen auf gleiche Weise verfällt. — Fragt man nun endlich noch nach dem praktischen Werth der erörterten Sätze, so wird nach meiner Ansicht im heutigen Recht eine Verpflichtung zur Leistung der *dupla*, so selten sie auch vorkommen wird, oder irgend einer beliebigen, die wahre Eviktionssumme übersteigenden, Summe immer den Charakter einer Strafkonvention an sich tragen, oder doch ganz gleich zu behandeln sein. In Fällen der Art kommen daher auch unbedenklich die Bestimmungen über die hiernach untheilbare Obl. mit *pro partibus* geschehender Leistung zur Anwendung. Nur ist in dem Verfall einer solchen Summe nach dem Veralten der *duplae stipulatio* die Aenderung eingetreten, dass sich die Verpflichtung zur Vertretung nicht aus dem Versprechen jener von selbst versteht, er selbst also nicht aus dem Unterbleiben der Vertretung folgt, sondern unmittelbar aus der Eviktion, und also ist der Fall wesentlich dem der einfachen Verpflichtung zur Eviktionsleistung gleich. Darum kann auch nur der strafartige Charakter einer solchen Leistung ihre besondere Erwähnung im Text rechtfertigen. Die ausdrücklich eingegangene Verpflichtung zur Leistung der blossen Eviktionssumme hingegen kann keine andere Wirkung als die gesetzliche haben; sie tritt zwar auch gegen alle Auktoren gleichzeitig und *pro parte* ein, indessen fehlt es doch hier an einem Grunde, ihr einen anderen Charakter als den einer einfachen theilbaren Obl. beizulegen. Daher halte ich es für unrichtig, wenn der Obl. „zur Eviktionsleistung“ anderwärts im obigen Zusammenhang und als dazu gehörig gedacht wird. Dass ferner auch nach heutigem Recht eine Verpflichtung zur Vertretung eines Anderen in einem Rechtsstreit

theilbar[40], und zwar mit der schon zu Anfang dieser Nummer erwähnten näheren Bestimmung, dass, wenn nicht das Gegentheil ausgemacht worden, oder der Gläubiger nicht will, ihm die theilweise Leistung nicht aufgenöthigt, und wenn der Schuldner das Ganze leisten will, von ihm eine solche nicht gefordert werden kann[41]. Theilweises Erlöschen solcher Obligationen aber ist immer mög-

statthaft sei, kann ich ebenso wenig bezweifeln, indessen folgt eine solche ebenfalls nicht aus der allgemeinen Verpflichtung des Verkäufers auf Gewährung des *habere licere*. Für unrichtig muss ich es aber halten, eine solche aus den Stellen zu folgern, worin einer Verpflichtung (*convenire*, s. weiter oben,) *ad defendendum* gedacht ist, und namentlich fr. 74. §. 2. *de Evict.* von einer klagbaren Obl. dazu zu verstehen, wie Heise und Cropp Abh. S. 231. und Heffter System des Civilproz. S. 610. Anm. 41 wollen, sondern dieses ist m. E. auch nur auf die Denunciation in Folge der römisch-usuellen *stipulatio* zu beziehen. Ist nun mit einer solchen eine Konventionalstrafe verbunden, so ist der Erfolg derselbe, wie bei der römischen *stipulatio duplae*, nur muss ich einen solchen Fall zu den gewöhnlichen Strafkonventionen zählen. Darum ist die ausdrückliche Erwähnung eines solchen Falls im Text unterblieben. — Die Frage endlich, ob eine solche Konvention klagbar sei, ist ebenfalls unbedenklich zu bejahen, ich kann mir aber kaum einen anderen effektiven Erfolg, als ein Hinauskommen auf das Interesse, davon denken. Denn da sie doch erst geltend gemacht werden kann, wenn der Gläubiger selbst verklagt ist, dessen Kläger aber weder auf den Ausgang eines etwanigen Prozesses darüber zu warten, noch sich willkührlich einen anderen Gegner aufdrängen zu lassen braucht, so würde es nur durch ein Zusammentreffen der seltensten Umstände, namentlich der Verständigung der Betheiligten und insbesondere der Bereitwilligkeit des Promittenten zur wirklichen Prozessführung zu dem eigentlich beabsichtigten Erfolg kommen, die in ihrer Erscheinung eine Intercession oder Expromission in sich enthalten würde. In der Lehre vom Kauf und der Eviktion wird hiervon weiter zu sprechen Veranlassung sein.

[40] Namentlich also: 1) die Leistung fungibler Sachen, fr. 2. §. 1. 3. fr. 85. §. 1. *eod.* fr. 9. §. 1. *de Solut.* 2) Die einer oder mehrerer bestimmter nicht fungibler Sachen, denn an diesen können Jemandem *pro parte* (*pro indiviso*) Rechte zustehen, mithin sind Forderungen und Leistungen der Art möglich. Vgl. Rubo S. 36. 71. 104 ff. Ueber das *fundum tradere* in fr. 72. pr. *eod.* s. Anm. 22. — Sind mehrere Gegenstände kopulativ *in obligatione*, so sind es soviel Obl. als Objekte, s. fr. 29. pr. 86. *de V. O.*

[41] 1) Fr. 41. §. 1. *de Usur.* (fr. 13. §. 8. *de A. E.*) 2) dass der Gläubiger seine Forderung theilweise geltend machen könne, vorausgesetzt, dass sie eine Theilung, z. B. der Zahl nach, zulässt, folgt wohl weniger aus der Lehre von der *minus petitio*, die ein unabsichtliches Wenigerfordern voraussetzt, als aus dem allgemeinen Grundsatz fr. 21. *de R. J.* und dass das Gegentheil vielmehr untersagt sein müsste, während sich kein allgemeines Verbot der Art findet; s. auch Puchta §. 239. Zwar leugnet Rubo S. 93., dass der Gläubiger ohne Einstimmung des Schuldners seine Klage theilen könne, unter Bezug auf arg. fr. 38. *de Procurat.* und c. 10. *de Judic.* (über die letztere s. Glück Komm. Bd. XI. S. 312 ff.), die aber von ganz anderen Fällen handeln. Freilich wird es oft dem Schuldner vortheilhaft sein, nur auf einen Theil in Anspruch genommen zu werden, z. B. auf nur 1/3 einer Darlehnsschuld von 12,000 Thlr.; aber es ist auch das Gegentheil möglich, indem z. B. gegen erste Hypothek oft leichter ein grösseres Kapital zu erlangen ist, als gegen zweite ein kleineres, wenn dieses auch mit dem zur ersten stehen bleibenden zusammen nur dieselbe Summe, wie ersteres allein beträgt. Deshalb kann der Schuldner die geforderte theilweise Leistung immer unter dem Erbieten zum Ganzen ablehnen, wie auch aus den Regeln vom Verzug des Gläubigers folgt, s. §. 93. II. B. Der Einwand des Schuldners ist also dann dilatorischer Natur. Die Frage, ob dabei das Berufen darauf genüge, dass, weil die Forderung eine grössere sei, nur diese ganz eingeklagt werden könne, oder der ausdrückliche Zusatz des Erbietens zu deren Leistung erforderlich sei, ist m. E. irrelevant, sobald die Existenz der Schuld eingeräumt wird, weil sich dann die Zahlung nothwendig von selbst versteht, sobald sie nur fällig ist; theilweise Fälligkeit schliesst ohnehin den Einwand aus, indem dazu schon vorher ein bindendes Moment begründet sein muss; etwaniger theilweiser (nicht so ausgemachter) Kündigung würde derselbe Einwand, wie der Klage auf einen Theil entgegen

lich[42]. Sind hier der Schuldner mehrere, so kann nur jeder auf seinen Antheil belangt werden; ein gemeinschaftlicher Angriff gegen alle ist prozessualisch möglich, hat aber auch nur eine solche Bedeutung. Von mehreren Gläubigern kann nur jeder seinen Antheil geltend machen[43]; von ihrer Vereinigung zur gemeinschaftlichen Verfolgung der ganzen Forderung gilt wieder das Gesagte. Es ist in diesen Fällen, wie wenn mehrere Obligationen beständen[44]. — Soweit nun solchergestalt eine Obligation theilbar ist, kann der Antheil auch von Anfang an als solcher Gegenstand der Leistung werden.

zu setzen sein, ist das unterblieben, so wird im Zweifel in dem Schweigen des Schuldners die Zustimmung zur Theilung gefunden werden dürfen. — Bisher ist vorausgesetzt, dass die ganze Schuld nicht bestritten werde. Wie aber, wenn der Schuldner sie ganz und gar leugnet, oder den vom Gläubiger gelegentlich der Klage auf einen Theil behaupteten höheren Betrag? In diesem Fall würde man m. E. allerdings *caussae continentiam dividere* (vergl. c. 10. *de Judic.*), und ohne Zweifel hat der Beklagte das Recht, über Einen angeblichen Anspruch wider ihn Eine rechtliche Entscheidung zu fordern. Auch gebieten dies schon die eventualiter sonst möglichen Zweifel über die Wirksamkeit der *res judicata*, nicht zu gedenken, dass der Kläger es in der Gewalt haben würde, durch willkührliche Theilung Instanzenzug und Rechtsmittel, die bezüglich der ganzen Forderung Statt haben, zu beeinträchtigen. Vergl. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. VIII. S. 259. VI. 377. und 530. (vgl. auch oben §. 28. Anm. [1] Zus.) — Nach fr. 21. *de R. C.* ist ein Zweifel möglich, ob nicht der Gläubiger zur Annahme der angebotenen theilweisen Leistung gehalten sei. *Emund. Merill. ad h. l.* (*Thes. Ott.* T. V. p. 565.) und *Guil. Barclaj. ad eund.* (ib. p. 865.) erklären die Stelle von besonderen rein prätorischen Maasregeln; Neuere davon, dass, wenn der Schuldner einen Theil der Forderung bestreite, der Gläubiger vom Richter angewiesen werden solle, diesen anzunehmen, und die Klage darauf zu beschränken, s. Fritz S. 106 f. Puchta §. 239. [a]). Dagegen suchen Madai Mora S. 238. und Wolff Mora S. 427., die letztere Meinung entschieden verwerfend, die Stelle von einer dem Richter obliegenden zu versuchenden Vermittelung der Sache zu erklären. Ich muss ebenfalls die ältere Ansicht für richtig halten, wonach der Inhalt der Stelle antiquirt, für das ältere R. R. aber von der Gewalt des Prätors unter den vorausgesetzten Umständen die Formel nicht auf das ganze Klageobjekt zu gewähren, zu erklären ist. Die ganze Sache nämlich würde jetzt die Wendung nehmen, dass erst nach Entscheidung des Prozesses beurtheilt werden kann, ob das Angebot des Theils genügte. Siegt der Schuldner, so ergiebt sich nun allerdings, dass der Gläubiger in *mora accipiendi* war, indem ihm kein Theil, sondern das wahre Ganze offerirt war; siegt aber letzterer, so ist nicht einzusehen, wie man ihn von Anfang herein zur Annahme eines Theils zwingen will, ohne gegen fr. 41. §. 1. *de Usur.* zu verstossen, während sich der Widerspruch auf die angegebene Weise erledigt. Daneben, und dem unbeschadet, wird sich heutzutage in Prozessen freilich, wenn der Schuldner von vornherein zur Zahlung eines Theils bereit ist, und dieses namentlich etwa in einem gleich Anfangs anstehenden Gütetermin erklärt, die Sache gewöhnlich so gestalten, dass der Kläger dies acceptirt, und der Streit nun nur auf den Ueberrest weiter fortgesetzt wird; allein eine Nothwendigkeit, den angebotenen Theil anzunehmen und also eine Befugniss und Pflicht des Richters, eine entsprechende Verfügung zu erlassen, so dass der Gläubiger, auch wenn er später rücksichtlich des Ganzen obsiegt, von Anfang an wegen des angebotenen Theils in Verzug gesetzt sei, kann ich nicht für begründet erachten. S. noch §. 93. bei Anm. [121]. — Wegen anderer grundloser Ausn. s. Fritz a. a. O.

[42] Fr. 9. 10. *de Acceptil.* fr. 9. §. 1. *de Solut.*

[43] Fr. 85. §. 1. *de V. O.* fr. 33. pr. *de Leg.* II. fr. 3. *in f. de Aliment. leg.* fr. 25. *de Solut.*

[44] S. §. 89. II. A.

§. 85.

Von einigen einzelnen Gegenständen der Leistungen aus Obligationen im Besonderen.

A. *Vom Gelde.*

Geld ist das allgemeine, vom Staat selbst gegebene, absolute Mittel zur Bestimmung des Vermögenswerths der Privatrechte [1]. Soweit nun diese eine bestimmte Sache betreffen, und Mittel vorhanden sind, ihren Inhalt in Bezug auf dieselbe zu verwirklichen, kommt ihr Geldwerth nicht weiter in Betracht [2]; ebenso wenig in Bezug auf den unmittelbaren Inhalt anderer Rechte, auch der Forderungen, es sei denn, dass diese geradezu Summen Gelds beträfen. Abgesehen aber hiervon giebt das Geld den Maasstab zur Schätzung des Vermögenswerths aller anderen Forderungen jeder Art und überhaupt dessen aller Rechte ab, deren Inhalt durch unmittelbare Ausübung nicht zu erreichen und zu verwirklichen ist, so dass sie in die Forderung einer Geldsumme aufgehen und sich verwandeln, durch deren Leistung der rücksichtlich ihrer gestörte rechtliche Zustand wiederhergestellt wird. So ist denn also das Geld namentlich ein allgemeines Mittel zur Erfüllung der Obligationen, oder zur Zahlung. Das Geld besteht in unter öffentlicher Auktorität verfer-

[1] Fr. 1. pr. *de Contr. emt. — electa materia est etc.* Die Lehre vom Gelde bietet sehr verschiedene Seiten dar, von denen die wenigsten von rechtlicher Natur sind. Aber auch für das Recht kommt es zum Theil in staatsrechtlichen und ebenfalls nur zum Theil in privatrechtlichen Betracht. Der letztere interessirt hier allein, während nach den übrigen Beziehungen hin nur die Begriffe und Voraussetzungen, soweit sie hier eingreifen, anzugeben waren. Uebrigens ist die Grundlage der privatrechtlichen Lehre vom Gelde zum geringsten Theil civilistisch, obwohl es an einer gemeinrechtlichen nicht fehlt, und hat ihre Ausbildung besonders erst in den letzten Jahrhunderten erfahren, indem die in Deutschland entstehenden und wechselnden Münzverhältnisse zu vielen Fragen Veranlassung gaben. In neueren Zeiten hat sich dieser Zustand sehr zu seinem Vortheil verändert, indem das Münzwesen theils an Einfachheit, theils in den einzelnen Ländern an Uebereinstimmung und Festigkeit ungemein gewonnen hat. Die zwischen der grössten Mehrzahl der deutschen Staaten geschlossene Konvention vom 24. Jan. 1857 über das Münzwesen führt diese Vereinfachung in erwünschter Weise ihrem Ziel näher, es werden dadurch, wenn auch nur partikularrechtlich, mit der Zeit die meisten Fragen sich erledigen. In Bezug auf die in früheren Zeiten entstandenen Verhältnisse, welche noch fortdauern, bleiben sie freilich immer noch möglich. Vergl. Klüber öff. R. d. deutsch. Bundes §. 415 ff. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. S. 51 ff. Ueber die röm. Verhältnisse s. bes. *Branchu obs. ad J. Rom. dec.* 2. *Obs.* 11—14. Die ältere Lit. s. bei Glück Bd. XII. S. 67 ff. Ich erkenne Pfeiffer's Resultate durchgehends (s. nur Anm. [33]) für richtig an. Wie Hufeland Lehrb. §. 549. Anm. a) dazu kommt, diesen ganzen Gegenstand in das deutsche Priv.-R. zu verweisen, und die (wenigen) röm. Stellen für unanwendbar zu halten — selbst fr. 1. pr. *d.*! — weiss ich nicht. Dagegen hat es aber allerdings seine Richtigkeit, dass die Beantwortung der in diesem Gebiet entstehenden Fragen zunächst ni den Partikularrechten oder in partikularem Herkommen, Gebrauch und Gewohnheiten zu suchen und für die wichtigsten auch wohl zu finden ist. Namentlich fehlt es da, wo Münzveränderungen vorgegangen sind, nicht leicht an Bestimmungen in Betreff der älteren Münzen und ihres Verhältnisses zu den neueren. — Zu der obigen Lit. kommt jetzt noch Savigny Obligationenrecht Bd. I. S. 403., der von Pfeiffer zum Theil abweichende Resultate aufstellt, deren Begründung mich aber nicht überzeugt hat, so dass ich von der obigen Doktrin abzuweichen keine Veranlassung gehabt habe.

[2] Im Prozess wird hierdurch die für sog. Bagatellsachen bestimmte Prozessart bedingt; ingleichen die Rechtsmittel gegen Erkenntnisse.

tigten und bestimmt geformten Stücken von Metall, namentlich von Gold und Silber, und von Kupfer, d. i. Münzen (*nummi*)[3]. Das erstere ist der intellektuelle Begriff jenes Maasstabes, die letzteren sind die Darstellung des ersteren für seinen Gebrauch in der Wirklichkeit und seine Anwendung im Verkehr, mithin seine gesetzliche Verkörperung. Hätte es immer nur eine einzige bestimmte, an wirklichem reinen oder gemischten Gehalt des Metalls gleiche Art von Münzen gegeben, so wäre keine weitere Bemerkung darüber nöthig, sondern deren Werth würde dann das Gewicht entscheiden. Nun sind aber die Münzen, welche in Deutschland im Umlauf sind, abgesehen von der Verschiedenheit des Gewichts der kleineren und grösseren Arten unter ihnen, im Metallwerth selbst in sofern verschieden, als die Hauptmasse des edeln Metalls, Gold und Silber, zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Ländern einen bald grösseren, bald geringeren Zusatz an unedlem Metall erhalten hat. Hiernach kann der innere Werth der einzelnen Münzen, welche in der Bezeichnung der Summe, die sie darstellen, d. i. im äusseren Werth, übereinstimmen, je nach der Beschaffenheit ihres Metallinhalts ein verschiedener sein. Jener ihr absoluter Werth hängt dagegen von dem Gewicht des reinen (feinen), edlen Metalls ab, welches in den einzelnen Münzen steckt[4]. Dieses ist der sog. Feingehalt oder die Feinheit. Die gemischte rohe Masse heisst, wenn solche daraus geprägt worden, das Korn der Münze, und das Gewicht der so hergestellten Münze heisst ihr Schrot. Der Zusatz des unedlen Metalls kommt für sich in keinen besonderen Betracht. Nach dem Schrot und Korn wird der innere Werth der Münzen geschätzt (valvirt); der äussere ist der durch die Prägung bestimmte oder sog. Geldwerth, denn dadurch erhält die Münze erst ihren wesentlichen Charakter und darum ist dieser entscheidend für ihren Werth als Geld[5]. Die Norm für die Bereitung der Münzen aus einer gemischten Masse heisst der Münzfuss, und dieser bestimmt also: das Verhältniss der Bestandtheile der Mischung (Korn), mithin den

[3] Dieses sind die sog. Realmünzen im Gegensatz zu: 1) den nominalen, unter denen namentlich das Papiergeld. Dieses ist nur eine Staatsanweisung auf Realmünzen für jeden Inhaber, deren Werth allein auf dem Kredit des Ausstellers beruht, vergl. Klüber §. 423. Ihr Verhältniss zu Metallmünzen ist ausschliesslich von partikularer Natur und ebenso die Nothwendigkeit, sie anstatt dieser anzunehmen. Ihr allgemeiner, und somit gemeinrechtlicher, Werth beruht allein auf Konvention. (Vergl. noch Thöl Handelsrecht §§. 54. 113.) Es wird daher bei Zahlungen darin immer darauf ankommen, zu welchem Geldwerth sich der Empfänger das Papiergeld anrechnen lässt. 2) Zu den Rechnungsmünzen, oder idealen und fingirten, z. B. Thaler, Gulden, Mark banco, für welche es einerlei ist, ob Metallmünzen existiren, welche gerade sie repräsentiren. Sie sind also nur Begriffe für eine gewisse Zahl der letzteren. Hierdurch ist nun nicht ausgeschlossen, dass die einzelne Münze im Gebrauch des Handels und im Verkehr nicht einen von dem äusseren abweichenden Werth beigelegt erhalte; das ist der Kurswerth, so dass gegen den äusseren ein Agio oder Aufgeld gegeben oder verloren wird. Es können darauf der erkannte innere, vom Gepräge differirende, Werth sowohl (ordentlicher Kurs), als augenblicklich wechselnde Umstände (ausserordentlicher Kurs) Einfluss haben. Uebrigens beruht dies auf keiner rechtlichen Nothwendigkeit, denn einen äusseren Werth mit dieser kann nur die Gesetzgebung für inländische oder ausländische Münzen bestimmen; es ist mithin Niemand genöthigt, sich Münzen zum Kurswerth aufnöthigen zu lassen, noch berechtigt, sie zu einem den gesetzlichen übersteigenden bei Zahlungen zu verwenden; aber freilich werden oftmals rechtliche Zwecke nicht wohl zu erreichen sein, ohne dass man sich den Kurs gefallen lässt. Beim Geldwechsel ist die Kursdifferenz der Kaufpreis, s. nachher unter c, δ, a. E.

[4] Dem widerspricht nicht etwa fr. 1. pr. *de Contr. emt.*, sondern darin ist nur der Gegensatz der *res fungib.* und *non fungib.* angedeutet.

[5] Ders. §. 418. Pfeiffer a. a. O. S. 53. 57 f.

normalen Feingehalt der Münzsorte, die Zahl der Stücke je nach den einzelnen Münzsorten aus der Masse, m. a. W. deren Gewicht oder Schrot, und den Geld- oder Zahlungswerth, d. h. das Verhältniss des äusseren Werths der einzelnen Stücke einer Münzsorte von dem relativen Korn und Schrot zu dem darin steckenden Feingehalt [6]. Bei der Ungleichheit des inneren Werths der Münzen nun, die zu verschiedenen Zeiten und in verschiedenen Ländern nach abweichenden Münzfüssen geprägt worden sind und noch geprägt werden können, werden rechtliche Bestimmungen darüber nöthig, in welchen Münzsorten Geldschulden gezahlt werden müssen? Man könnte hier von dem Gesichtspunkt ausgehen wollen, da jede Geldschuld zu einem gewissen Zeitpunkt entsteht, und in diesem eine Münze von einem gewissen inneren Werth oder Feingehalt als Repräsentativmittel des Gelds gilt, so müsse in den zu zahlenden Münzsorten die Summe stets nach diesem Feingehalt gewährt werden. Allein diesem steht ein anderer gegenüber, nämlich, dass alle Münzen das Geld repräsentiren, und der letztere Begriff also nur auf den äusseren, nicht auf den inneren Werth und Gehalt der ersteren Bezug, dass dieser vielmehr mit dem Gegenstand der Obligationen nichts gemein hat, indem ja nur dieser, d. i. Geld, gezahlt werden soll, hierzu aber jede dieses repräsentirende Münze genügt [7]. Der letztere Satz ist ein allgemein als richtig anzuerkennender, allein auch der erstere kann unter Umständen zur Anwendung gebracht werden müssen, nämlich wenn die Summe der Geldschuld in wesentlicher Verbindung mit einer gewissen Münzsorte ursprünglich entstanden ist. Um Beides in den Hauptfällen der Anwendung genauer nachzuweisen, sind, unter Berücksichtigung der nach den gedachten drei Begriffen: des Münzfusses, des inneren und des äusseren Werths der Münzen möglichen Münzänderungen [8], folgende Fälle und Verschiedenheiten zu sondern,

[6] Ders. §. 419 ff. Irrig wird öfters angenommen, die Verschiedenheit des Gelds nach dem Münzfuss und nach dem inneren Werth sei gleichbedeutend; jener ist vielmehr nur ein regelmässiger Maasstab für diesen, nämlich, wenn er wirklich in seiner ersten Bestimmung (s. den Text) zur Anwendung gebracht ist. Vergl. Pfeiffer S. 56 f. Dies ist natürlich zu vermuthen bis das Gegentheil erwiesen ist; ders. S. 57. Unter den Münzfüssen sind der 18, 20, 21 und 24 Guldenfuss die bemerkbarsten; sie sind so zu verstehen. Man hat namentlich den Silbermünzen als Quantität reinen Metalls die Mark, das sind 16 Loth feines Silber, zu Grunde gelegt, und als gleichnamige Rechnungsmünze den Gulden angenommen. Je nach jenen Münzfüssen werden daraus nun 18, 20 u. s. w. Gulden (2/3 Thaler), und nach dieser Norm auch die übrigen Münzsorten geprägt. Daher ist denn z. B. ein Thaler nach dem ersten Münzfuss ein solcher, deren 12 Stück eine Mark ausmachen, nach dem dritten ein solcher, deren 14 Stück darauf gehen, und natürlich der innere Werth, die Feinheit, beider Arten Thaler sehr verschieden. Vergl. Pfeiffer a. a. O. S. 54 f. Ders. S. 58. drückt kurz und treffend das Verhältniss der drei Begriffe: Münzfuss, innerer und äusserer Werth der Münze, so aus: der erste bezeichnet, wie eine Münze beschaffen sein müsste, der zweite, wie sie beschaffen ist, der dritte, was sie gelten soll. Die Voraussetzung nun, dass die einzelnen Münzen nach dem für sie angenommenen Münzfuss wirklich geprägt seien, besteht als Regel, und wer das Gegentheil behauptet, würde es beweisen müssen. Wenn dieses allgemein anerkannt wird, so pflegt eine Devalvation der Münzen vom Staat ausgesprochen zu werden. Der Unterschied zwischen dem nominellen oder Geldwerth und dem des wirklichen Metallstücks kann übrigens nicht nur durch eine eigentliche Abweichung vom Münzfuss entstehen, sondern ein solcher ist, freilich sehr gering, bei jeder Münze dadurch nothwendig, dass die Prägungskosten darauf geschlagen werden müssen, und kommt dann nicht weiter als in sofern in Betracht, dass, je weniger er den wahren Metallwerth übersteigt, desto hochhaltiger und werthvoller die Münzen sind.

[7] Vergl. Pfeiffer S. 64.

[8] Eine solche ist 1) für den Münzfuss durch Annahme eines anderen als des bisherigen möglich; dies ist in Deutschland namentlich durch mehrmalige Vermehrung der Zahl der

in denen und wie es überhaupt zur Zahlung und Entrichtung von Münzen kommen kann:

a. Geldschulden im eigentlichen Sinn, das sind alle diejenigen, welche unabhängig von dem sofort bei ihrer Begründung damit verbundenen Begriff der Repräsentation des Gelds in einer bestimmten Münzsorte entstehen, und nur nach einer gewissen Summe von benannten Rechnungsmünzen bezeichnet sind, z. B. zehn Thaler, Gulden u. s. w. Dem unbeschadet muss natürlich vermöge der unzertrennlichen Verbindung der Begriffe des Gelds und der dasselbe darstellenden Münzen jede Geldsumme in einer gewissen Gattung von Münzen gedacht werden, weil sie ohne dieses gar nicht bestimmt sein würde. Diese ist dann vorzugsweise als Geld zu verstehen. In Deutschland ist das von jeher vorherrschend die Silbermünze gewesen [9], für welche aber noch zu demselben Zweck der Münzfuss, worin sie geprägt worden, in Betracht kommt. (S. nachher.) Die Rechnungsmünze endlich, welche die Summe ausdrückt, wird, wenn es deren von gleicher Benennung mit verschiedenem Werth (Währung [10]) giebt, und dies für den Einzelfall nicht ausdrücklich näher festgestellt ist, in der an dem Ort und zu der Zeit der Entstehung der Geldschuld gesetzlichen oder üblichen Bedeutung genommen [11]. Zur Zahlung einer solchen Schuld kann deshalb jede gangbare Münzsorte gewählt werden [12], ohne dass darauf etwas ankommt, ob der Rechnungsmünze entsprechende wirkliche Münzen vorhanden sind [13], und es sind dann soviel Münzen erforderlich, als zur Zeit der Zahlung die Summe ausmachen. Zu den gangbaren gehören vor Allem die inländischen Münzen, oder die durch Gesetz oder allgemeinen Gebrauch dazu erhobenen, ebenso die fremden, welche im Inland Kurs haben und als Geld allge-

Normalmünzen geschehen, während man das Normalgewicht, die Mark, beibehielt, also vom 18 Guldenfuss zum 20 G.-F. u. s. w. Nicht hiermit zu verwechseln ist die Annahme anderer Rechnungsmünzen, z. B. des sogenannten Thalerfusses anstatt des sogenannten Guldenfusses mit den entsprechenden Münzen u. s. w. Diese veranlasst nur eine Reduzirung der Thalersumme auf die Guldensumme u. s. w. Etwas Aehnliches geschieht gewöhnlich als nothwendige Folge der Veränderung des Münzfusses, um den neuen auf die gangbaren nach dem früheren geschlagenen Münzen anzuwenden. 2) Für den inneren oder Metallwerth entweder dadurch, dass die bisherigen Münzen durch Abnutzung daran verlieren, — dieses ist, so lange es geringfügig bleibt, ohne Bedeutung, kann aber demnächst zu grossen Streitigkeiten im Verkehr Veranlassung geben, und nimmt, wenn ihr Gewicht bedeutend verloren hat, der Münze ihren Werth als Geld, doch gehört es im Ganzen zu den Seltenheiten und lässt sich von deutschen gangbaren Münzen schwerlich nachweisen; oder wenn gleiche Münzsorten mit bisherigen ohne Veränderung des Münzfusses entweder von anderem Korn oder von anderem Schrot geschlagen werden. 3) Für den äusseren Werth, wenn den vorhandenen Münzsorten ein anderer gesetzlicher Werth beigelegt wird; dies pflegt bei inländischen Münzen selten und nur meist dann zu geschehen, wenn ihr Metallwerth dem Gepräge nicht entspricht, wenn z. B. in Nothfällen geringhaltige Münzen geschlagen sind, — bei ausländischen, welche durch den Gebrauch gangbar geworden sind, häufiger und bei ihnen ist sie sogar oft eine politische Nothwendigkeit, — dies ist die Devalvation, Reduktion des Werths. Eine Erhöhung der Art ist zwar auch möglich, aber noch seltener. Vergl. Pfeiffer S. 59 f. Fritz S. 13 f. Dagegen kommt nicht selten eine völlige Ungültigkeitserklärung vor, Verruf (auch nur von Herabsetzung gebraucht), was dann weniger eine Veränderung als eine Aufhebung des gesetzlichen Werths ist.

[9] Vergl. Klüber a. a. O. §. 421. a).

[10] Ders. ebend. III.

[11] Dies ist nämlich Sache der Interpretation, vergl. Anm. [31].

[12] Vergl. fr. 65. §. 1. *de V. O.* vergl. mit fr. 80. *eod. Sen. de Benef.* VI. 5. u. s. noch die bei Glück a. a. O. S. 65. 70). Gen.

[13] Vergl. Unterholzner Bd. I. S. 231. III. und Glück S. 89. [1]. Vergl. noch nachher Anm. [33].

mein brauchbar sind[14]; alle diese Münzen müssen namentlich auch unversehrt und vollwichtig sein[15]. Andere fremde Münzen sind gleich den kassirten und ausser Kurs gesetzten nicht für Geld zu erachten, und daher kann ihre Annahme verweigert werden[16]. Nur besteht noch in Bezug auf Scheidemünze die reichsgesetzliche Bestimmung[17], dass Zahlungen „über 25 Gulden", das sind ungefähr 59 Gulden im Vierundzwanzigguldenfuss[18], nicht in solcher angenommen zu werden brauchen, ja dass die Münzen, welche ein Schuldner dem Gläubiger dem zuwider aufdrängen wolle, konfiszirt werden sollen. Die Münzsorten nun, welche hiernach zur Zahlung von Geldschulden benutzt werden dürfen, kommen dabei lediglich nach ihrem äusseren Werth (ausländische nach dem Kurswerth) in Betracht, also namentlich auch neuere Münzen bei Bezahlung älterer Geldschulden, wenn auch deren Metallwerth geringer ist, als der früher kursirender, in denen damals nur die Schuld würde haben bezahlt werden können, oder diese nämlichen Münzen zu dem später etwa im Vergleich zum früheren erhöheten Werth[19]. Alles das folgt aus

[14] Vielleicht lässt sich davon schon fr. 99. *de Solut.* verstehen, vergl. dazu *Lex. Gall. cisalp. Col.* 2. I. 2. 25.

[15] Vergl. C. 1. *de Veteris numism.* C. 2. *de Ponderat.* Aehnliches kann beim Gepräge vorkommen, was dann aber nur auf einem Versehen beruhen wird.

[16] Das fr. 24. §. 1. *de P. A.* spricht schon von *reproba pecunia*, deren Zahlung den Schuldner nicht befreien soll. Vorausgesetzt ist dabei natürlich, dass der Gläubiger das Geld nicht wissentlich angenommen habe. Vergl. Vangerow S. 31.

[17] R. A. von 1576. §. 76.; der Grund ist der, weil ihr äusserer Werth schon wegen der Prägungskosten den Metallwerth bedeutend übersteigen muss, sie also gar nicht dazu bestimmt sind, diesen eigentlich zu gewähren, sondern nur zur Aushülfe zu dienen.

[18] Glück a. a. O. S. 67.[76] versteht unter den 25 Fl. nach Hufeland a. a. O. (Anm. [1]) $44^{4}/_{9}$ Fl. im 24 Fl. Fuss. Vangerow S. 32. aber $58^{44}/_{57}$ dergl.; welche Rechnung sie zu Grunde legen, ist nicht angegeben. Da nun nach der Neuen Münzordnung von 1559 „auf die kölnische Mark $9^{1}/_{2}$ Reichsgulden, auf die feine Mark aber 10 Fl. $12^{1}/_{2}$ u. $^{5}/_{134}$ Xr. Reichsgulden (was Klüber §. 425. z. A. auf 10 Fl. $13^{1}/_{2}$ Xr. setzt) gehen", solche Gulden aber doch in dem cit. R. A. verstanden werden müssen, so würden 25 dergl. Gulden sein ungefähr = 59 Fl. im 24 Fl.-Fuss, so dass Vangerow's Rechnung die richtigste sein dürfte. Uebrigens ist diese reichsgesetzliche Bestimmung durch manche partikulare verdrängt, und namentlich jetzt die Münzkonvention der Zollvereinsstaaten vom 24. Jan. 1857 zu berücksichtigen.

[19] Vergl. die zahlreich bei Glück a. a. O. S. 68.[77] Gen. und bes. Pfeiffer S. 64 f. Es können also z. B. „100 rheinische Gulden" in neuen hessischen Guldenstücken gezahlt werden, wenn auch dazu, hätte die Schuld vor dem Prägen dieser Münzen gezahlt werden sollen, andere Münzen von höherem Feingehalt, z. B. östreichische 20 Kreuzer (Sechsbätzner, Kopfstücke) hätten verwendet werden müssen. Ebenso müssen in solchem Fall die älteren, zur Zeit der Entstehung der Geldschuld schon vorhanden gewesenen Münzen, wenn ihnen zur Zeit der Zahlung ein höherer Werth beigelegt worden ist, zu diesem angenommen werden, obwohl der Gläubiger in beiden Fällen bei früherer Zahlung der Schuld mehr Metallwerth auf dieselbe als jetzt erhalten haben würde. Vergl. über diese früher, besonders in Bezug auf Darlehne sehr bestrittene und verschieden beantwortete Frage, Glück S. 67 ff. und 84. und die dort in den Anmm. Gen., welcher mit diesen auf die Leistung des inneren Werths des Gelds aus der Zeit der Entstehung der Schuld besteht, was nur aus Misverständniss des Wesens des Gelds und der Geldschuld und über die Berechnung der Summe derselben möglich ist, wogegen bes. Glück den Gesichtspunkt als leitend betrachtet, dass und ob mit dem Werth des Gelds der Preis der Waaren wechsle, und es also immer darauf ankomme, ob der Empfänger mit den neueren Münzen „soviel ausrichten könne," wie mit den alten. Die neueren Juristen sind darüber einverstanden, s. bes. Pfeiffer a. a. O. Fritz S. 16. und Vangerow S. 33. bes. gegen Glück. S. übrigens noch nachher im Text wegen des Münzfusses. Savigny a. a. O. (Anm. [1]) S. 454. will hier den Kurswerth substituirt wissen, s.

dem Begriff des Gelds als Gegenstands der Schuld und seiner Repräsentation durch die zur Zeit der Zahlung gangbaren Münzen, welche nach ihrem äusseren Werth die Summe des ersteren herstellen. Nicht zu verwechseln hiermit ist nun aber, dass die Summe der Geldschuld selbst unter solchen Umständen nicht leiden darf. In den bisher vorausgesetzten Fällen leidet sie wirklich nicht, sondern sie soll gewährt werden, und es ist eben bewiesen, dass sie gewährt werde [20]. Dagegen würde es unrichtig sein, eine ältere Geldschuld mit Münzen nach einem neueren geringeren Münzfuss so bezahlen zu wollen, dass soviel der letzteren genügten, wie jetzt die Summe ausmachen. Denn da die Schuld auf diese zur Zeit der Herrschaft irgend eines höheren Münzfusses entstanden sein muss, so kann auch ihr jetziger Betrag nur nach den jenem entsprechenden Münzen, als Repräsentativmittel solchen Gelds, wie die Summe begriff, berechnet werden, sonst erhielte der Gläubiger nicht die ihm wirklich gebührende Summe Gelds. So z. B. wenn in einem Lande dem Zwanzigguldenfuss der Einundzwanzigguldenfuss nachgefolgt ist, so beträgt eine ältere Schuld von fünf Gulden jetzt sechs, und von hundert Thalern jetzt hundertundfünf Thaler, die entgegengesetzte Annahme würde die Schuld selbst um einen Gulden, oder um fünf Thaler vermindern. Hier haben sich die Repräsentativmittel des Gelds und also seiner Summe selbst geändert, und die letztere kann dadurch nicht leiden. Die ehemaligen Münzen werden also nun auch, da sie im Verhältniss zu dem neuen Münzfuss und den danach geprägten Münzen nothwendig eine Erhöhung erfahren haben müssen, wenn deren noch welche kursiren, und zur Zahlung gebraucht werden, nach diesem erhöhten Werth zu berechnen sein [21].

b. Dieselben Grundsätze gelten, wenn die Geldschuld aus einem Darlehn herrührt, und zwar aus den nämlichen Gründen. Allerdings wird hier nur etwas zurückgegeben, nämlich ebenso viel als der Schuldner empfangen hat, indessen doch immer nur Geld [22]. Dagegen können

dagegen die einleuchtende Widerlegung von Souchay in der Zeitschrift N. F. Bd. IX. S. 340 ff.

[20] Völlig gleichgültig ist natürlich eine Preisänderung des Gegenstands, wofür die Geldschuld entstanden ist; dies würde keiner Erwähnung bedürfen, wenn nicht neuerlich wieder von Vangerow S. 34 f. die Ansicht in Schutz genommen wäre, dass, wenn für Erbpachtungen und ähnliche Verhältnisse in früheren Zeiten jährliche Summen festgesetzt worden wären, und sich nachweisen lasse, dass man sie damals als ein passendes Aequivalent der Früchte angesehen, die heutzutage dreimal mehr werth seien, sich auch dem Sinn des Vertrags gemäss und dem eigentlichen Werth des Gelds als allgemeines Tauschmittel eine Erhöhung der Summe rechtfertigen lasse, nur werde die Nachweisung freilich praktisch sehr schwierig sein. Indessen scheint mir doch die Verschiedenheit zwischen Zeitpacht und Erbpacht überhaupt zu verbieten, dass bei letzterem jenem Gesichtspunkt einiger Einfluss eingeräumt werden dürfe, indem, wenn auch die Summe als passendes Aequivalent der Früchte in früheren Jahrhunderten sich erweisen liesse, damit noch immer nicht erwiesen ist, dass sie als solches von den Kontrahenten angesehen und bestimmt worden sei, sondern dabei noch ganz andere Umstände in Betracht kommen konnten; s. z. B. bei Mittermaier deutsch. Privat-R. §. 488. Anm. [8].

[21] Vergl. Pfeiffer S. 63. 64. s. Fritz S. 17. und s. Anm. [19].

[22] Vergl. Pfeiffer S. 65 f. und Vangerow S. 32. bes. gegen die Meinung, dass in den gezahlten Münzsorten zurückgezahlt werden müsse und über fr. 99. *de Solut.*, worin ein stillschweigender Vertrag anzunehmen ist, mag man *credit.* oder *debit.* (*Flor.*) lesen; (über dessen Auslegung vergl. Glück a. a. O. S. 66. [74]). Wegen der entgegengesetzten Meinung And. s. Glück S. 77 ff. u. die dort Gen., s. Anm. [19] a. E.; das fr. 3. *de Reb. cred.*, worauf sich diese besonders stützen, handelt ausdrücklich nicht vom Gelde, und ihm ist auch die diesseits angenommene Ansicht durchaus nicht entgegen.

c. sowohl beim Darlehn, als bei anderen schuldigen Summen durch Bestimmungen derselben in Münzsorten Modifikationen eintreten, welche besondere Regeln veranlassen. Zwar kommen:

α. wenn ein Darlehn in Gelde mit Angabe der Münzsorte ausgeliehen, oder sonst eine Schuld in diesen festgesetzt worden, z. B. hundert Gulden oder Thaler in Zweithalerstücken, in Konventionsspecies- oder Laubthalern, oder in Louisd'or, noch ganz die bisherigen Grundsätze zur Anwendung, denn der Gegenstand der Schuld ist immer nur das Geld, und die Münze nur das Zahlungsmittel [23]. Allerdings aber kann auf diese Weise die Geldsumme selbst in sofern bestimmt worden sein, als die genannte Rechnungsmünze in den gedachten Münzsorten eine verschiedene Summe begreift, und es kommt also darauf an, wie sie in dem Einzelfall zu verstehen ist. Hier muss nun zuvörderst die Regel aufgestellt werden, dass im Zweifel stets die Rechnungsmünze in dem Betrag zu verstehen sei, welche dem allgemeinen Münzfuss des Lands und dem Gebrauch im Verkehr entspricht. Es werden also z. B. unter Gulden in den südwestlichen deutschen Ländern rheinische, in Oestreich hingegen sog. Konventionsgulden zu verstehen sein [24]. Demnächst kann durch die Münzsorten ein gewisser Münzfuss bezeichnet sein, und dies ist immer anzunehmen, wenn darauf etwas ankommt; so im zweiten der oben gewählten Beispielsfälle, wenn in einem Lande, welches einen geringeren Münzfuss, als den, wonach Konventionsspeziesthaler geschlagen sind, aber gleiche Rechnungsmünzen hat, die Zahlung in den nach jenem geprägten Münzen angeboten wird. Denn nähme man an, dass die genannte Summe Geld je nach diesen, z. B. preussischem Kurant, verstanden, und nur in Konventionsspezies gezahlt werden solle, so würden nicht volle hundert der nach diesen zu berechnenden Thaler gezahlt werden. Diese letzteren aber müssen bei solchen wie den beispielsweise gewählten Ausdrücken als gemeint verstanden werden, weil die Absicht nicht vermuthet werden kann, dass eine Summe Gelds nach dem geringeren Münzfuss berechnet, aber nicht in den ihm entsprechenden, sondern in den nach einem höheren geschlagenen Münzen gezahlt werden solle; ein solcher Fall gehört vielmehr zu den Ausnahmen und muss also auch besonders und ausdrücklich bevorwortet werden. Noch grösser ist der Unterschied bei den in Gold nach Thalern, welche Gold- und Silbergeld als Rechnungsmünze gemein haben, bestimmten Zahlungen, indem Thaler in Gold von Thalern in Silber noch mehr differiren, als diese unter einander. Nun kommt es zwar bei Geldzahlungen überhaupt öfter vor, dass Gold auf Silber reduzirt angeboten und angenommen wird, als Silbermünzen von verschiedenen Münzfüssen für einander; dennoch müssen aus demselben vorgedachten Grunde die in Gold festgesetzten Summen als Rechnungsmünzen von Gold, nicht von Silber verstanden wer-

[23] Vergl. Pfeiffer S. 66 f. A. M. hierin ist (oder scheint?) Vangerow S. 35., welcher schon in dem obigen Fall die Folge der Voraussetzung von lit. *β*) annimmt; Fritz S. 18. verstehe ich mit mir übereinstimmend, indem er den Fall so setzt: „wenn die Geldsumme bestimmt und daneben die Münzsorte angegeben ist, worin sie bezahlt werden soll;“ das ist also der nachher unter *β*) folgende Fall. Denn er erklärt S. 15. [49] ausdrücklich, einzig in dem in Anm. [33] erwähnten Punkt von Pfeiffer abzuweichen, dieser aber spricht sich a. a. O. ganz bestimmt so, wie der Text, aus. Fritz berührt also den obigen Fall unter *α*) gar nicht, doch scheint es nach S. 19. fast, als wenn er beide verwechsele. — Ist Vangerow wirklich anderer Meinung, so muss ich diese mit Pfeiffer für unrichtig halten, da die blosse Bestimmung einer Geldsumme nach der Münzsorte nur deren Betrag gegenüber gewissen Münzen anzeigt, nicht das nothwendige Zahlungsmittel; dieses muss vielmehr ausdrücklich ausgemacht sein, wenn darauf soll bestanden werden können. S. *β*).

[24] Vergl. Pfeiffer S. 69 f.

den, so dass mithin hundert Thaler in Gold mit zwanzig Fünfthaler-Goldstücken gleichbedeutend sind [25]. Immer aber bleibt die Regel in allen diesen Fällen stehen, dass die zu berechnende Geldsumme in beliebigen gangbaren Münzsorten zurückgezahlt werden kann [26], es sei denn, dass

β. die Zahlung ausdrücklich in einer gewissen Münzsorte, beziehungsweise die Rückzahlung in der empfangenen, ausbedungen worden ist. Hier muss die Zusage erfüllt werden, und nur wenn diese Münzen nicht mehr vorhanden, oder nur mit einem im Verhältniss zur schuldigen Geldsumme in gangbaren Münzen grossen Aufwand zu haben wären, darf auch in anderen die Zahlung jener entrichtet werden [27]. Wäre der äussere Werth der Münzsorte inzwischen herabgesetzt worden, so dürfte und müsste zwar ebenfalls in ihr gezahlt, die Summe aber natürlich in deren früherem berechnet werden [28]. Sollte dagegen die Münze verrufen und ganz ausser Umlauf gesetzt worden sein, so kann darum nicht mehr in ihr gezahlt werden, weil sie aufgehört hat, Geld zu repräsentiren; der Berechnung der Geldsumme nach dem früheren Werth der Münze thut das aber ebenfalls keinen Eintrag, sie wird dann in gangbaren beliebigen Münzen gezahlt [29].

γ. Es kommt zuweilen vor, dass bei Geldschulden von der unter *α*. gedachten Art für die einzelne Münze festgesetzt wird, wie sie gerechnet sein solle, z. B. der Louisd'or zu fünf Thalern, der Speziesthaler zu einem ganzen und einem drittel Thaler. Wird, wie in diesen Beispielen, nur der ohnehin sich von selbst verstehende gesetzliche oder zu der Zeit gangbare Werth der Münzen ausdrücklich angegeben, so ändert das, weil es überflüssig ist und sich von selbst versteht, durchaus nichts an den bisherigen Regeln [30]; die künftige Zahlung kann dann auch in neueren Münzen derselben Art geschehen, so dass überall nur ihr jetziger gesetzlicher oder gangbarer Werth, also der äussere, in Betracht kommt, weil hingesehen auf diesen dieselbe Geldsumme, welche man früher vor Augen hatte, und worauf es allein ankommt, gezahlt wird. Ist aber ein anderer als der gesetzliche oder gangbare Werth festgesetzt worden und im ersteren zur Zeit der Zahlung eine Aenderung eingetreten, so muss dieser Bestimmung die Folge und der Sinn beigelegt werden, dass, wenn nun in solchen Münzen gezahlt wird, deren konkreter Werth im Verhältniss zum nunmehrigen gesetzlichen nach gleicher arithmetischer Proportion sich höher oder geringer stellt, wie der übereinkunftsmässige zum vormaligen gesetzlichen Werth stand. Denn sobald eine solche Uebereinkunft überhaupt Wirksamkeit haben soll,

[25] Vergl. dens. S. 71. Bei Gulden kommt das m. W. nicht vor, sondern ein Goldstück von 5 oder 10 Gulden ist derselben Summe in Silber ganz gleich; ebenso bei Franken.

[26] Also namentlich auch in Gold bestimmte Geldsummen in Silbermünzen und umgekehrt, vergl. *Sen. de Benef.* VI. 5. Die Differenzsumme zwischen den Münzsorten wird gewöhnlich Agio oder Aufgeld genannt, s. Unterholzner S. 232. II., was aber eigentlich auf den Kurs, also den augenblicklichen Handelswerth gewisser Münzsorten (s. Anm. [5]) Bezug hat, und besonders beim Geldwechsel vorkommt, s. lit. c. a. E. u. vgl. Klüber §. 421.

[27] Vergl. die Anm. [23] und Glück S. 65. und die dort Anm. [71] ff. Gen. (auch arg. fr. 71. §. 3. *de Leg.* I. fr. 14. §. 2. *eod.* II. Ob Puchta §. 38. a. E. derselben oder einer anderen Meinung sei, ist mir nicht klar.) Hier kann nun noch die Frage entstehen, wie es zu halten sei, wenn eine Summe z. B. in Laubthalern geliehen, und ihre Rückzahlung in anderen Münzen ausgemacht worden? Alsdann ist die Geldsumme, welche in ersteren enthalten ist, auf die letztere zu reduziren und diese ist zu leisten. Wäre die Stückzahl in beiden Fällen festgesetzt, so wäre dieses ein Geldwechselgeschäft, wofür dann die Grundsätze unter *δ*) zur Anwendung kommen würden.

[28] Vergl. Fritz S. 18.

[29] S. *Schrader l. l.* p. 2267 ssq. und die bei Glück a. a. O. S. 82. Gen.

[30] Vergl. Pfeiffer S. 67. (69 f.) und s. folg. Anm.

kann ihr keine andere als eine solche beigelegt werden[31]. Im Besonderen ist hier noch für Bestimmungen des Werths der Goldmünzen zu bemerken, dass da, wie unter *α.* a. E. bemerkt wurde, Silbergeldsummen oft in Gold und umgekehrt

[31] Vergl. dens. S. 68. Dagegen finden Fritz S. 19. und Vangerow S. 36., und zwar der erstere ohne Unterscheidung der beiden im Text geschiedenen Fälle, der zweite ebenfalls, seine Beispiele jedoch nur dem ersten entlehnend, in solchen näheren Bestimmungen nur einen anderen Ausdruck für eine Schuld auf eine gewisse Stückzahl, mit anderen Worten also den Fall von nachher unter *δ*). Für den ersten aber kann ich dies darum nicht zugeben, weil die Hinzufügung des gesetzlichen Werths für jedes der mehreren Stücke einer Münzsorte doch in der That völlig unnütz ist, indem ein anderer auch ohnedies nicht gemeint sein kann; es ist in der That gerade so, wenn bei einer Schuld in Thalern gesagt wäre: der Thaler zu 24 Ggr., oder 30 Ngr., und es lässt sich also einem solchen Zusatz eigentlich nur dann Sinn beilegen, wenn dadurch eine gewisse Rechnungsmünze unter mehreren gleichnamigen näher bestimmt werden soll, was u. A. sogar nöthig werden kann, wie bei Gulden (s. Anm.[6]), aber auch an manchen Orten bei Thalern, deren man z. B. in manchen Rheingegenden sowohl zu 1 Fl. 45 Xr. (sog. Berliner Thaler) als zu 1 Fl. 30 Xr. (sog. kleine Thaler) rechnet; dies, was früher bei mehreren Münzsorten vorkam, mag die Veranlassung zu dem häufigen Gebrauch des ausdrücklichen Beisatzes des gesetzlichen Werths gegeben haben, und dieser dann, auch nachdem der Grund dazu meist verschwunden ist, ohne besonderen Zweck hin und wieder beibehalten worden sein. Ganz anders aber verhält es sich offenbar im zweiten Fall. Nach der widersprochenen Ansicht hätte eine den Werth der Münze von dem gesetzlichen abweichend regelnde Bestimmung gar keine Wirkung. Das könnte man doch aber in der That nur dann annehmen, wenn sie entweder rechtlich unstatthaft, oder nicht beabsichtigt wäre. Das letztere ist nicht unmöglich, z. B. aus Unkunde, aber von thatsächlicher Natur, und es bedarf also besonderer Gründe, um den Mangel des Willens zu erkennen, während er in der Regel durch die Existenz der ausgesprochenen Abweichung an sich als vorhanden betrachtet werden muss. Das Erstere lässt sich aber durchaus nicht schlechthin behaupten, wie schon die Begriffe des Wechselkurses und des Agios verschiedener Münzen an verschiedenen Handelsplätzen beweisen; es kann also sehr wohl zutreffen, und muss erlaubt sein, dass, wenn z. B. zu einer Zeit, wo östreichische Zwanzigkreuzerstücke sehr gesucht sind und zu 21 Xr. das Stück verwerthet werden könnten, Jemand um ein Darlehn von 100 Fl. angesprochen wird, der nur solche Münzen hat, er nun auch ausmachen dürfe, dass diese Summe in ihnen zu 21 Xr. das Stück berechnet sein solle. Dieses Beispiel beibehalten, zeigt sich nun auch die Nothwendigkeit, dass, wenn dieselben inzwischen auf 18 Xr. herabgesetzt sein sollten, sie dem Gläubiger zu einem höheren als diesem neuen gesetzlichen Werth müssen angerechnet werden dürfen, weil sonst der Schuldner mehr Geld zurückzahlen würde, als er empfangen hat. Er hat nämlich nicht 100 Mal 63 Xr. erhalten, sondern ist für eine Zahl Münzen, die nur einen gesetzlichen Werth von 5700 Xr. halten, 6000 Xr. als Geldsumme schuldig geworden, indem dabei der Werth der empfangenen Münzsorte durch besondere Konvention festgesetzt ist, er steht also zu dem gesetzlichen in einer gewissen Proportion; wird letzterer herabgesetzt, so fällt darum der konventionelle an sich nicht weg, er kann aber auch nicht unverändert fortbestehen, nämlich weil das Verhältniss zum nunmehr gesetzlichen nicht das frühere ist. Es ist daher offenbar der Absicht der Paciscenten oder Disponenten, die hierauf gar nicht gefasst sein konnten, entsprechend, die Proportion ihrer Konvention zum nunmehrigen gesetzlichen Werth an die Stelle der früheren zu setzen; im vorstehenden Beispiel also nach der Formel: 20 Xr. : zu 21 Xr. = 18 Xr. : x. Man könnte einwenden, es gehe ja dem Gläubiger hier der nach dem Beispiel möglich gewesene Gewinn verloren, nämlich wenn er damals seine Münzen durch Wechsel verwerthet hätte, indessen sollte es nur dazu dienen, nachzuweisen, wie einer Münze sehr wohl ein konventionsmässig höherer Werth beigelegt werden könne, während der Grund dazu ganz ohne Einfluss auf das Verhältniss ist, welches doch kein Wechselgeschäft war. Auch wenn der gesetzliche Werth der Münze zu Grunde gelegt und dieser nachher vermindert worden wäre, tritt ja dieselbe Folge für den Gläubiger ein. — Nur wenn der fraglichen Münze ein völlig willkührlicher

gezahlt werden, bei den Beispielen der hier gedachten Art sehr darauf zu achten ist, ob die Geldschuld auch wirklich in Gold, oder ob sie nicht vielmehr in Silber verstanden werden und dieses nur in Gold gezahlt werden soll, und deshalb dessen Silberwerth bestimmt worden ist; z. B. wenn eine Schuld von „hundert Thalern in Louisd'or das Stück zu $5\frac{7}{12}$ Thaler gerechnet" festgesetzt wird. Dies nämlich ist für die Geldsumme, welche danach als geschuldet zu betrachten ist, von Belang, übrigens gelten die vorherigen Grundsätze natürlich auch hier[32].

δ. Betrifft eine Schuld ausdrücklich eine Zahl bestimmter Münzen, z. B. von 100 Konventionsspeziesthalern, ist also namentlich ein Darlehn solcher gegeben und die Rückzahlung nach der Stückzahl bedungen worden, so kommt es darauf an, ob hier eine Schuld von Münzen einer gewissen Sorte gemeint, oder eine gewöhnliche Geldschuld darin ausgedrückt ist. Da es jedoch gebräuchlich ist, und namentlich in älteren Zeiten oft vorkam, Geldschulden auch auf solche Weise zu bezeichnen und zu bestimmen, Münzen auch überhaupt im Zweifel immer als Repräsentativmittel des Gelds anzusehen sind, so sind Fälle dieser Art immer den vorher unter β. gedachten gleich zu beurtheilen, sobald nicht ganz sicher feststeht, dass die Münzen als Metallstücke, also m. a. W. in ihrer Eigenschaft als Exemplare einer Gattung gemeint sind. Ist dies der Fall, wofür also stets besondere Gründe vorliegen müssen, so betrifft die Forderung natürlich die gleiche Zahl eben solcher Münzen, ohne dass eine Münzänderung irgend weiteren Einfluss hätte, als dass, wenn die Münzsorte zur Zeit der Rückzahlung verschwunden ist, der Werth derselben, d. i. hier entweder ein Marktpreis, wenn sie etwa Seltenheiten und Kabinetsstücke geworden, oder mindestens der Metallwerth derselben an ihre Stelle tritt. Es ist dann selbst gleichgültig, ob diese Münzen verrufen und kassirt worden sind, weil nur immer sie gefordert werden können[33]. — Unter den hier eingenommenen Gesichts-

Werth beigelegt worden wäre, könnten Begriffe verschiedener Art, wie der des Wuchers (s. z. B. Glück a. a. O. S. 74.), andererseits der Schenkung und andere entstehen, und dem ganzen Geschäft eine besondere Gestalt geben, und dann würden allerdings die obigen Regeln nicht zur Anwendung kommen. Dergleichen ist natürlich bei den Voraussetzungen des Textes als ausgeschlossen gedacht.

[32] S. Pfeiffer S. 71 f.

[33] Die obige Ansicht weicht von der der neueren Juristen, welche diesen Gegenstand berühren, ab. Pfeiffer a. a. O. S. 62. 66. nämlich betrachtet eine solche Schuld immer und ausschliesslich unter dem Gesichtspunkt der obigen Ausnahme, mithin die Münzen hier nie als Repräsentativmittel des Gelds; bei der Zahlung komme es, wenn sie selbst nicht mehr zu haben wäre, auf den Metallwerth an. Ebenso Fritz S. 14 f., der vom ersteren nur darin dissentirt, dass, wenn die „Waare" nicht mehr zu haben sei, oder nicht ohne Kosten, die ihren Werth übersteigen, dieser auszumitteln und wie eine Geldschuld zu bezahlen sei, der nur weder immer unbedingt als Metallwerth, noch als äusserer, sondern auch als der erscheinen könne, um welchen die Münze sich verwerthen lasse, also auch ein den inneren Werth übersteigender Marktpreis. Derselben Ansicht folgt Vangerow S. 35 f., nur besteht er darauf, dass bei solchen Zahlungen immer der innere Werth der Metallstücke zur Zeit der Kontrahirung der Schuld in Betracht komme, und wenn sie nicht aufzutreiben seien, die *aestimatio*, welche, wenn die Münzen, obwohl selten, im Verkehr seien, den jetzigen äusseren Werth enthalte, wo nicht, wieder den inneren. Ich kann mich von der Richtigkeit dieser Ansichten nicht überzeugen, sondern finde in ihnen theils zu weit ausgedehnte Konsequenzen, theils Inkonsequenzen; man betrachtet z. B. die Münzen einmal nicht als Repräsentativmittel des Gelds, sondern wie andere *res fungibiles*, und berücksichtigt dann wieder ihren Werth als solchen für den Maasstab der *aestimatio* (s. besond. Fritz S. 15. über den Einfluss der Münzänderungen in diesem Fall). Vor Allem aber bin ich der Meinung, dass, da, wie schon im Text angegeben ist, die Bezeichnung einer Zahl einzelner Münzen für die Angabe einer Geldsumme nicht nur, wie allbekannt, in älteren Zeiten vorherrschend gebräuchlich war, (z. B.

punkt, dass die einzelnen Münzen als solche in Betracht kommen, tritt auch im Fall des Geldwechsels die gesuchte Sorte; sie erscheint dann völlig wie eine Waare, welche man gegen Zahlung von Geld kaufen will, daher gilt, wenn nicht das Geschäft, wie häufig, Zug um Zug vollzogen wird, für Verbindlichkeiten der Art mit hinausgeschobener Zahlung die vorherige Hauptregel, nur wird freilich, vermöge der Natur und des Zwecks solcher Geschäfte, die bestellte Geldsorte inzwischen schwerlich aus dem Verkehr verschwinden.

d. Es ist endlich auch möglich, dass Münzen jeder Art rücksichtlich ihrer Individualität rechtliche Bedeutung erhalten und von dieser Seite her, also wie eine nichtvertretbare Sache in Betracht fallen. Dies namentlich in sofern, als Eigenthum an ihnen geltend gemacht wird, aber auch abgesehen davon in Vertragsverhältnissen, wie, wenn eine Summe Geld in Verwahrung oder vermöge des Leihkontrakts gegeben worden und also in der Individualität der Münzen zurückgegeben werden muss[34]. Hat dies nur gangbare Münzen betroffen, so wird allerdings in der Regel darauf nichts ankommen, ob dieselben Stücke oder Münzen derselben Sorte zurückgegeben werden, ja oft nicht einmal darauf, sondern es wird an einfacher Zahlung der Geldsumme als solcher genügen; doch ist das Gegentheil, z. B. wegen eines besonderen Interesses an einem gewissen Stück von einer ganz gewöhnlichen Münzsorte, auch sehr wohl möglich. In allen den Fällen nun, wo es auf die Individualität gewisser Münzen ankommt, ist eine nothwendige Voraussetzung zur Geltendmachung derselben die, dass sie selbst danach erkennbar und in sofern als solche noch vorhanden seien. Welche Veränderung die Münze inzwischen erfahren habe, ist dabei völlig einerlei, sobald es nur nicht durch Schuld des Inhabers geschehen ist, gegen welchen die Rechte an denselben in Anspruch genommen werden. Darin, sowie wenn sie durch eine ihm anzurechnende Schuld nicht mehr vorhanden oder erkennbar sind, treten die gewöhnlichen Grundsätze vom Schadensersatz ein[35].

100 Schock böhmische Groschen, 100 Meissnische Gülden,) sondern dies auch an vielen Orten, ja besonders für Goldmünzen (z. B. 100 Friedrichsd'or, 100 Dukaten,) ganz allgemein noch ist, und da, wenn Rechnungsmünzen, wie dies doch von den meisten zutrifft, in wirklichen Münzen existiren, man mit der widersprochenen Ansicht den hier vorausgesetzten Fall in jeder Schuldverschreibung finden müsste, auch in solchen Bezeichnungen vorzugsweise nur die Bestimmung einer Summe Gelds zu verstehen sei. Dafür spricht auch die Natur der Münzen entschieden; denn sie haben die Bedeutung und den Zweck, eine Summe Gelds auszudrücken und darzustellen, sie haben daneben allerdings auch ihre Individualität, allein offenbar stehen jene in erster, und diese in zweiter Linie; nur jener ist als gemeint zu vermuthen, nicht diese, und bei der unleugbaren Möglichkeit, eine Summe Gelds auf diese Weise auszudrücken, und bei dem sogar allgemeinen Gebrauch dieser Redeweise, kann ich nur die im Text enthaltene Unterscheidung für angemessen halten. Wenn nun aber die Münzen als einzelne Stücke in Betracht zu ziehen sind, so halte ich auch, sobald sie als solche ganz aus dem Verkehr verschwunden oder doch sehr selten geworden sind, vor Allem den Kaufpreis, um welchen sie zu haben sind, und der nicht selten, z. B. bei Münzantiquaren für Sammler und Liebhaber, ein Marktpreis sein kann, ganz abgesehen von ihrem Metallwerth bei Berechnung ihrer *aestimatio*, für maasgebend, — und nur wenn es daran fehlt, so kann und muss nun ihr innerer Werth in Anschlag gebracht werden, weil es an jedem anderen Maasstab fehlen würde.

34 Vergl. §. 41. Anm. 79, s. ferner fr. 28. *de Usufr.* fr. 94. §. 1. *de Solut.* u. vergl. *Branchu l. l. obs.* 12.

35 S. fr. 37. *de V. O.*

§. 86.

B. *Von dem Interesse.*

I. Das Interesse im allgemeinsten Sinn ist der Vermögenswerth der aus der Obligation geschuldeten Leistung für den Gläubiger. Ein solcher wurde §. 83. 1) als nothwendige Eigenschaft derselben anerkannt, um Inhalt einer Obligation zu sein. Hier kommt dasselbe als deren Gegenstand im Besonderen in Betracht. In sofern jenes Erforderniss von ganz allgemeiner Natur ist, betrifft allerdings jede Obligation einen Vermögenswerth. Eine besondere rechtliche Wichtigkeit gewinnt er aber dann, wenn entweder die Erfüllung der schuldigen Leistung unterblieben und nicht zu vermitteln ist (s. §. 90. z. A.), oder wenn er selbst unmittelbar deren Gegenstand war, und zwar darum, weil es nun darauf ankommt, zum Behuf der Verurtheilung seinen Umfang und Betrag festzustellen, und in Gelde (s. §. 85. z. A.) zu berechnen. In beiden Fällen erscheint die Leistung des Vermögenswerths zugleich als ein Ersatz, im ersten für die gar nicht oder nicht obligationsmässig geleistete Handlung, im zweiten für den Gegenstand, rücksichtlich dessen die Obligation zur Leistung seines Werths entstanden ist, in beiden also für einen Nachtheil, Schaden [1], den der Gläubiger erlitten hat, oder erleiden würde, und welcher ausgeglichen werden soll. Betraf die Forderung ursprünglich eine bestimmte Geldsumme, so bedarf es für sie selbst allerdings einer solchen Berechnung so wenig, als der Begriff des Ersatzes dann möglich ist, wohl aber kann dieses rücksichtlich etwaniger Modalitäten der Zahlung eintreten, namentlich wenn Zeit und Ort dabei in Betracht kommen [2]. Aus dem Gesagten ist auch ersichtlich, dass die Schadensforderung je nach den Umständen sowohl als selbstständige und ausschliessliche,

[1] Der Gegenstand dieses §. wird häufig unter der Rubrik einer geschlossenen Lehre vom Schadensersatz auch in den Lehrbüchern dargestellt, und dann die Entstehungsgründe der Verpflichtungen dazu und die besonderen Voraussetzungen derselben, also einschliesslich der Lehre vom Dolus, Culpa und Zufall, mit hereingezogen, s. z. B. Mühlenbruch §. 363 ff., der sogar daraus eine Unterabtheilung der „Accessionen der Forderungsrechte" macht, und Göschen §. 386 ff. Nichtsdestoweniger wird dann wiederum Vieles davon ausgeschieden, namentlich das *damnum injuria datum* u. überhaupt alle einzelne Obl., die auf Schadensersatz von vornherein gerichtet sind, und in anderen Kapiteln untergebracht. Ich halte dies für unsystematisch und weiss nicht, mit welchem Recht man diese ganze Lehre in den Kapiteln von der rechtlichen Natur der Obl. oder von ihrem Inhalt, und in die ausdrücklich hervorgehobene Unterabtheilung von ihren Objekten, abhandelt. Weniger trifft dieser Tadel Wening's (§. 193.) Darstellung, der jedoch auch die Verpflichtung zum Ersatz wenigstens miterwähnt, und dann alles Besondere bei Seite schiebt. In Monographien über die Lehre vom Schadensersatz ist freilich ein solches Zusammengreifen nothwendig, allein eine andere Frage ist die, ob die organisch sehr verschiedenartigen Materien überhaupt geeignet sind, Gegenstand Einer Monographie zu werden? — Uebrigens ist der Begriff des Schadens hier überall nur von dem am Vermögen zu verstehen, während derselbe, wie *damnum*, sonst auch eine allgemeine Bedeutung hat. Unter letzterem ist zunächst der nachher unter II. B. erwähnte positive gemeint, s. z. B. fr. 3. *de Damno infecto* (*deminutio patrimonii*), ferner fr. 11. *de Negot. gest.* fr. 2. §. 8. in f. *de Eo quod certo l.* fr. 23. §. 1. fr. 30. *Pro socio.* fr. 26. *de Damno inf.* fr. 6. §. 11. *Quae in fraud.*, der Gegensatz ist dann *lucrum* und *commodum*, — im weiteren Sinn aber auch der negative, fr. 33. pr. in f. *ad Leg. Aquil.* fr. 11. pr. *ad Exhib.* fr. 2. §. 11. *Ne quid in loco publ.* Vergl. Vangerow S. 43. 1) wegen fr. 26. *de Damno inf.* u. fr. 71. *de Furtis.* Das deutsche Wort Schaden bedeutet ebenfalls zunächst den effektiven Schaden, also Verlust dessen, was man hat, sodann aber auch *lucr. cess.* Vergl. Glück Komm. Bd. IV. S. 447. [48] u. die dort Gen. S. noch Anm. [8] u. [9].

[2] Fr. 3. *de In lit. jur.*

wie als eine accessorische oder eigentlich als Erweiterung der Hauptforderung erscheinen kann [3]. Die Entstehung und die Voraussetzungen der Obligationen kommen hierbei nicht weiter in Betracht, nur sei zur besseren Einsicht in den zweiten Fall bemerkt, dass der Schadensersatz namentlich [4] dann unmittelbarer Gegenstand einer Obligation wird, wenn der Schaden durch eine Handlung oder ein Ereigniss ohne Bezug und Zusammenhang mit einem bestehenden Schuldverhältniss entspringt, und diese Thatsache zwischen dem Beschädigten und dem, von welchem sie ausgegangen oder wer sie zu vertreten hat, jene Obligation selbst begründet.

II. Bei der Feststellung und Ermittelung des Vermögenswerths einer Forderung [5] sind je nach den Umständen verschiedene Rücksichten zu nehmen:

A. In manchen Fällen wird nur der absolute Werth eines Gegenstands, *pretium verum rei* oder *aestimatio*, also sein Kauf- oder Marktpreis in Anschlag gebracht [6].

[3] S. §. 84. Anm. [6b] u. [7]. So z. B. ist das *id quod interest* neben der Forderung zur Herausgabe einer *res commodata*, wenn die Herausgabe widerrechtlich verzögert worden, von accessorischer Natur, es kann aber, wenn letztere zwar ohne Klage geschehen, die Sache jedoch beschädigt ist, in dieser Beziehung ausschliesslicher Gegenstand der Forderung sein, indem die Obl. auf dasselbe fortbesteht, da die Hauptleistung nicht vollkommen geschehen ist, s. fr. 3. §. 1. *Commodati*, u. vergl. die cit. Anmm.

[4] Die Obl. dieses Inhalts kann, direkt wie indirekt, (z. B. die Verpflichtung *dolum vel culpam praestare*) auch auf einem Vertrag beruhen, welcher den Schadensersatz unmittelbar zum Gegenstand hat, oder auf einer testamentarischen Auflage dazu; in diesen Fällen kommt es zur Erreichung des oben im Text unter II. gestellten Zwecks zunächst auf die Auslegung solcher Willensäusserungen und des Willens selbst an; im Zweifel wird die Absicht nur auf den Ersatz des wahren Werths oder des unmittelbaren Schadens gerichtet angenommen werden können. — S. ferner Anm. [6].

[5] Der Vermögenswerth im Allgemeinen ohne nähere Unterscheidung der nachher folgenden Fälle wird mit dem röm. Ausdruck: *quanti ea res est* bezeichnet, so dass es in jenen erst einer näheren Bestimmung bedarf, und die Stellen, in welchen das geschieht, nicht als allgemeine Definitionen desselben betrachtet werden dürfen, denn damit gelangt man nothwendig zu dem Resultat, dass sie Widersprüche enthalten (s. z. B. wenigstens wegen fr. 179. u. 193. *de V. S.* gegenüber den anderen Stellen noch Savigny Syst. Bd. V. S. 458 ff), s. 1) in der Bedeutung der *vera rei aestimatio*, z. B.: fr. 193. *de V. S.* fr. 4. §. 11. *Vi bonor.* fr. un. §. 4. *Si quis jus dic.;* 2) in der des *id quod interest*, z. B.: fr. 14. §. 7. *Quod metus*, (*res cum fruct. et omni caussa*) fr. 68. *de R. V.* fr. 21. §. 2. *ad Leg. Aquil.* fr. 4. §. 7. fr. 58. *de Damno inf.* fr. 3. §. 11. *Uti poss.* fr. 1. §. 5. *Ne vis fiat.* fr. 8. §. 2. *Ratam rem* und die Beispiele bei Savigny S. 453 ff. Vergl. Puchta §. 224.[6]. Ebenso ist es mit dem Ausdruck *litis aestimatio*, s. z. B. fr. 7. §. 1. *de Publ.* fr. 1. *de Noxal.* fr. 16. §. 6. fr. 25. §. 10. fr. 29. *Famil. ercisc.* fr. 5. §. 1. *Commod.* fr. 30. *Depos.*

[6] *Res* ist hier im weiteren Sinn genommen, und also nicht blos an den Eigenthumswerth gedacht, sondern auch z. B. an den von Rechten, s. fr. 9. *de Religios.* (Recht des Begrabens), obwohl bei diesen nicht leicht von einem Kaufpreis wird gesprochen werden können. Die Fälle, in welchen nur der wahre Werth des Gegenstands gefordert werden kann, bilden eigentlich die Ausnahmen, s. z. B. §. 90. I., fr. 37. *Mandati* fr. 45. *de Contr. emt.* fr. 13. pr. §. 1. *de A. E.* (vergl. Anm. [33]) fr. 33. 71. §. 3. *de Leg.* I. s. aber auch Anm. [4]. Puchta a. a. O. bezeichnet sie näher dahin, wenn es an der Voraussetzung eines erlittenen Schadens fehle. Bei der Ausdehnung dieses Begriffs auch auf den entgangenen Gewinn (s. Anm. [1] a. E.) scheint mir, abgesehen davon, dass hierbei die beiden letzteren Stellen allein berücksichtigt sein dürften, dies weniger treffend, als wenn man substituirte: ohne dass den Schuldner eine Schuld trifft, nicht den Gegenstand selbst, überhaupt oder obligationsmässig geleistet zu haben oder leisten zu können, so dass dann nur dessen Werth übrig ist, doch ist dieser Satz kein allgemeiner, s. fr. 19. §. 1. *Locati.* Manche identifiziren die *vera rei aest.* mit dem unmittelbaren Schaden, s. im Text a) 1. z. A., allein dieser Begriff ist weiter zu fassen, wenn auch seine Berechnung jener in sofern sich einigermaassen nähert, als sie eine absolutere und sicherere Basis hat; dennoch fehlt es dabei an einer *res* im Sinn der *rei aest.* und *pretii*, vergl. Anm. [18].

Dieser Maasregel begegnet man auch in anderen Rechtstheilen [7]. Die Ausmittelung des Werths geschieht hier durch die geeigneten Mittel und in Ermangelung anderer durch sachverständige Taxatoren.

B. In anderen Fällen wird hingegen der relative Werth in Anschlag gebracht, d. i. derjenige, welchen der Gegenstand unter den vorliegenden besonderen Umständen für den Gläubiger hat, das *id quod* (auch *quanti*, *quantum* oder *quod*) *interest* [8], oder das Interesse im engeren und hier besonderen Sinn. In diesem ist es also die gesammte Summe, um welche das Vermögen des Gläubigers grösser sein würde, wenn das schädliche Ereigniss nicht eingetreten wäre, und zwar sowohl rücksichtlich eines entstandenen positiven Schadens, d. i. einer Verminderung des bisherigen Vermögensbestands (damnum emergens), als des negativen, d. i. des entgangenen Gewinns (lucrum cessans) [9]. — Das Verhältniss des Interesses zum absoluten Sachwerth kann ein dreifaches sein [10]. Es ist nämlich je nach den Umständen des Einzelfalls möglich, dass der Betrag beider vollkommen übereinstimmt, und das wird sehr häufig zutreffen, namentlich wenn eine Sache geleistet werden soll, die nicht mehr existirt, und nicht Umstände vorhanden sind, welche ihr für den Gläubiger einen besonderen höheren Werth beilegen. Es kann ferner, wenn die so eben gedachte Voraussetzung zutrifft, dem Gläubiger also dadurch besonderer Nachtheil erwachsen ist, dass er die Sache selbst nicht erhielt, das Interesse den Sachwerth übersteigen, indem nämlich nun der Schaden des Gläubigers mit dem letzteren allein nicht ausgeglichen sein würde [11]. Endlich aber kann auch das Interesse hinter dem Sachwerth zurückbleiben; so namentlich, wenn dem Gläubiger gegen Empfang der Sache eine Gegenleistung obliegt, der er wegen Nichtleistung jener überhoben wird, so dass soweit eine Abrechnung und gegenseitige Aufhebung eintritt, und nur sein darüber hinausreichender Schaden in Anschlag kommt [12]; ja

[7] S. z. B. fr. 60. §. 1. fr. 62. §. 1. fr. 63. *ad Leg. Falcid.*, ferner wird der für manche röm. Strafklagen vermehrfachte Sachwerth ebenfalls so bestimmt, fr. 2. §. 13. *Vi bonor.* fr. 50. pr. *de Furtis*, doch scheinen über die *a. furti* hierin bei den Römern selbst verschiedene Ansichten geherrscht zu haben, vergl. Savigny a. a. O. S. 446 ff. und dagegen Puchta a. a. O., fr. 14. §. 7. *Quod metus* (*cum fructib.*).

[8] Wörtlich also bedeutet dies den nachher im Text folgenden Unterschied zwischen dem Vermögen, wie es wirklich ist, und seinem eventuellen Bestand, wenn das schädliche Ereigniss nicht eingetreten wäre. Uebrigens verhält es sich mit diesem Begriff ähnlich, wie mit dem des *quanti ea res est*, er bezeichnet ebenfalls 1) beide nachher im Text erwähnte Arten des Schadens, nämlich von Seiten ihres Einflusses auf die Gesammtsumme des Vermögens des Gläubigers, s. z. B. fr. 14. §. 2. *de Pecun. const.* fr. 33. in f. *Locati*, fr. 1. §. 41. *de Vi*, fr. 6. *eod.* fr. 15. §. 7. *Quod vi*, fr. 13. pr. *Ratam rem*, c. un. *de Sentent. quae pro eo.* Gleichbedeutend damit ist *utilitas* und *utilitates* (auch *amissa*), z. B. in fr. 22. pr. *ad Leg. Aquil.* fr. 9. §. 8. *Ad exhib.* fr. 2. §. 8. *de Eo quod certo l.* fr. 21. §. 3. *de A. E.* fr. 1. §. 41. *d.* 2) Vorzugsweise aber bedeutet er den Schaden, welcher das *verum pret. rei* übersteigt, (also einen Gegensatz dazu,) und neben und ausser diesem, oder auch nach Umständen nur allein gefordert werden kann, s. z. B. fr. 21. §. 2. *ad Leg. Aquil.* fr. 1. pr. *de A. E.* fr. 1. §. 20. *de Tut. et rat.* — Der Begriff des Interesses ist seiner Natur nach immer personell; daher auch die häufigen Redensarten: *quanti actoris* oder *sua interest.*

[9] S. Anm. [1] a. E. In fr. 13. pr. *Rat. rem* wird der Unterschied so ausgedrückt: *quantum mihi abest*, (also von dem, was ich besass,) *quantumque lucrari potui*, und in fr. 11. pr. *ad Sct. Treb.* und c. un. *de Sent. quae etc.* einfach das *lucrum* dem *damnum* entgegengestellt.

[10] Im Besonderen gilt ausser dem im Text hierüber Folgenden auch hier das, was weiter unten bei Anm. [38] u. ff. gesagt ist.

[11] S. z. B. fr. 22. pr. *ad Leg. Aquil.* fr. 1. pr. 21. §. 3. in f. *de A. E.* fr. 67. §. 1. *de Furtis*, c. 12. *de A. E.*

[12] S. z. B. fr. 9. §. 8. *Ad exhib.* fr. 3. 12. §. 2. *de Cond. furt.* fr. 22. §. 2. *de P. A.* fr. 3. §. 11. *Uti poss.*

in solchen Fällen ist es möglich, dass ein Interesse sogar ganz verschwindet, z. B. wenn der Werth der Sache, welche ihrer Natur nach dem Wechsel von Preisen unterliegt, vor der bestimmten Lieferungszeit unter den Betrag der Gegenleistung gefallen ist, und ihre Leistung ganz ausbleibt[13]. Ueberall endlich, wo es nicht auf eine bestimmte Sache ankommt, kann von einem absoluten Werth des Inhalts der Forderung gar nicht, oder nur ausnahmsweise die Rede sein, nämlich wenn für Handlungen, namentlich Arbeiten gewisser Art, feste oder allgemein übliche Preise bestehen; übrigens also handelt es sich dann um das Interesse allein.

Die Feststellung der Schadenssumme[14] kann je nach verschiedenen Voraussetzungen auf zweifache Weise[15] geschehen, unterliegt aber, bei der durchaus thatsächlichen Natur der Frage von dem Betrag des Schadens oder Interesses[16], immer der richterlichen Erwägung und Beurtheilung. Ueberall nämlich, wo:

a) nicht die besonderen Voraussetzungen des unter b) folgenden Falls zutreffen, hat Der, welcher die Entschädigung verlangt, seine Berechnung anzulegen, und die thatsächliche Grundlage derselben zu beweisen[17]. Für die Würderung des Schadens bestehen dabei folgende Grundsätze: 1) der Schade oder das Interesse kann von doppelter Art sein, unmittelbar[18] und mittelbar, je nachdem die Veranlassung des ersteren eine unmittelbare Folge eines gewissen Ereignisses ist, welches der Schuldner zu vertreten hat, oder derselbe durch das Zusammentreffen anderer Umstände mit diesem eine weitere Ausdehnung gewinnt[19]. Diese reicht jedoch nur so-

[13] In solchen Fällen gereicht dann die Nichterfüllung von Seiten des Einen dem Anderen zum Vortheil.

[14] Das ist die *litis aestimatio*, s. fr. 11. *de Re jud.*, ähnlich ist es mit *in litem jurare*, s. z. B. Gaius IV. §. 16. 94. Ist statt des Ersatzes eine bestimmte Summe ausgemacht worden, sog. Interesse conventum, die dann den Charakter einer Strafe an sich tragen wird, (s. §. 88.) so bewendet es natürlich dabei, und bedarf es dann keiner Feststellung; fr. ult. *de Praetor. stipul.* Neuere Schriften über Umfang und Berechnung des Interesses sind von F. Mommsen Beitr. zum Obl.-R. 2. Abthl. Braunschw. 1855. und Nussbaumer das Maas d. Schadensersatzes; Zürich 1855. herausgegeben worden.

[15] Den Gegensatz zwischen a) und b) im Text s. in fr. 15. §. 9. *Quod vi.* Die erste obige Ermittelungsweise wird als *officio judicis* überlassen bezeichnet, nämlich unter Hinsicht auf den röm. Formularprozess, und zwar sowohl in der Zulässigkeit der nothwendigen Erörterung überhaupt, als der Beurtheilung und Feststellung der Summe, s. nachher unter 5); die erstere ist jetzt in das prozessualische Verfahren im Ganzen nach dessen allgemeinen Regeln übergegangen (s. auch §. 84[7]), die zweite äussert sich in der Beobachtung der Grundsätze von 1) — 5) und in der Beurtheilung der faktischen Voraussetzung der danach berechneten Schadenssumme. Vgl. Schröter in d. Ztschrft. Bd. VII. S. 358 ff.

[16] Fr. 24. *de R. J.* vergl. Gans röm. Obl.-R. S. 118 f.

[17] §. 7. *I. de V. O.* fr. 11. *de Stipul. praet.* c. 2. *de In litem jurando* in f. fr. 5. §. 2. *Ne quis eum.* Es muss also der eingetretene Schaden in seinen bestimmten Erscheinungen und Aeusserungen und seine Grösse genau behauptet und bewiesen werden. Vergl. Gensler im Archiv Bd. I. S. 379 ff., s. aber auch §. 84. Anm. [7].

[18] Wo es auf Leistung eines Objekts oder des Ersatzes dafür ankommt, ist dessen absoluter Werth (s. A.) stets der unmittelbare Schaden, allein dieser Begriff muss nothwendig darüber hinausreichen, nämlich bei allen Leistungen anderer Art, nach der im Text folgenden Bestimmung, s. die beiden folg. Anmm. — Es giebt eine Zahl völlig entbehrlicher und unnützer Eintheilungen des Interesses, vgl. Hänel Lehre vom Schadensersatz §. 74 ff., die keiner Erwähnung bedürfen.

[19] In fr. 45. *de Contr. emt.* ist der unmittelbare und der mittelbare Schaden durch *teneri ipsius rei nomine* und *damnum quod ex eo contingit* bezeichnet. Beispiele des letzteren s. in fr. 22. §. 1. *ad Leg. Aquil.* (der durch Zerstörung oder Beschädigung einer von mehreren ein Ganzes bildenden Sachen — eines Pferds aus einem Viergespann, — verringerte Werth des Ganzen) fr. 54. *de Leg.* II. (ähnlicher Fall) fr.

weit, als der eingetretene wirkliche Nachtheil in nothwendigem Zusammenhange[20] mit dem widerrechtlichen Ereigniss steht und eine unvermeidliche Folge desselben ist, und der entgangene Gewinn dem Gläubiger sicher zu Theil geworden sein würde, also derjenige Gewinn, welcher menschlich sicherer Voraussicht nach ohne jenes Ereigniss eingetreten wäre, oder vom Gläubiger als beabsichtigt und jener zufolge annehmbar erscheint[21]. Dagegen kommt das sog. Affektionsinteresse, d. h.

13. pr. §. 1. 2. *de A. E.* fr. 19. §. 1. *Locati*, (der durch gelieferte vertragswidrig an sich schon schlechte Gegenstände dem Empfänger durch deren Gebrauch entstandene Schaden,) fr. 22. pr. *ad Leg. Aquil.* fr. 2. §. 8. *de Eo quod certo l.* (der dem Gläubiger durch unterbliebene Lieferung eines Gegenstands in sofern entstandene Schaden, als er selbst in Bezug darauf wiederum eine Obl. eingegangen ist). Am nächsten dem unmittelbaren Verlust, obwohl zum mittelbaren gehörig, ist das Entgehen oder Entbehren der *omnis caussa* einer Sache, s. §. 52. Bd. I. S. 517. u. bes. §. 41. Anm. 11 7). Fritz a. a. O. S. 77. rechnet diesen zum unmittelbaren, was mir nicht richtig scheint, zumal bei der Verschiedenheit der Accessionen unter sich.

20 S. Beispiele in den Stellen der vor. Anm. und fr. 21. §. 3. *de A. E.*

21 Die nachher näher zu betrachtenden Stellen haben über den zu ersetzenden Gewinn schon seit den Glossatoren Meinungsverschiedenheiten veranlasst. Seit längerer Zeit (s. namentlich die Pandektisten und Glück IV. S. 444. Seuffert Erört. Abthl. 1. S. 153. Unterholzner a. a. O. 262. Vangerow S. 43 ff.) scheinen die obigen Sätze allgemein anerkannt zu sein; dagegen hat jedoch neuerlich Puchta §. 225. 3) und 4) eine abweichende Meinung dahin abgegeben, dass in der Regel individuelle Umstände und Verhältnisse nur beim positiven Schaden in Anschlag gebracht werden dürfen, nicht beim Gewinn, dieser sei nur als der gemeine, durch die Sache und ihre allgemeine Bestimmung selbst gegebene (*utilitas circa rem ipsam*) zu verstehen und nur beim Ortsinteresse sei auf jeden erweislich entgehenden Gewinn, auch den auf solchen Umständen beruhenden, zu sehen. Ich kann einen Unterschied der Art als gegründet nicht anerkennen, (vgl. nachher im Text Nr. 3) glaube aber den Gewinn, sowie im Text, genauer bestimmen zu dürfen und zu müssen. Dass der entgangene Gewinn zu ersetzen sei, ist schlechthin in einer grossen Zahl von Stellen, bei Obl. der verschiedensten Art, also so gesagt, dass es als eine allgemeine Regel erscheint, s. z. B. §. 10. *I. de Lege Aquil.* fr. 33. pr. in f. *ad Leg. Aquil.* fr. 2. §. 8. *de Eo quod certo l.* fr. 19. *de Usuris*, fr. 33. *Locati*, (*v. Nam etsi etc.*) fr. 11. pr. *ad Sct. Trebell.* fr. 2. §. 11. *Ne quid in loco publ.* fr. 1. §. 41. *de Vi*, fr. 13. pr. *Ratam rem*, c. 7. *de Arbitr. tut.*, c. un. *de Sentent. quae pro eo* s. noch die nachher über die Gewissheit des *lucri* cit. Stellen), Deput. Absch. von 1600. §. 139. Es würde auch wohl kaum bezweifelt worden sein, wenn nicht drei Stellen, nämlich fr. 19. *de Periculo et commodo*, fr. 2. §. 8. *d.*, und fr. 21. §. 3. *de A. E.*, theils unter einander, theils mit jenen in Widerspruch zu stehen schienen. Allein es lässt sich vollkommene Uebereinstimmung nachweisen. Wenn das Entgehen eines Gewinns als erlittener Nachtheil erscheinen soll, so ist dabei vorausgesetzt, dass er ohne ein gewisses Ereigniss, welches ihn abwendete, gemacht worden sein würde. Dieses erkennt fr. 29. §. 3. *ad Leg. Aquil.* darin als allgemein an, dass es einen Anspruch auf entgangenen Jagdgewinn darum versagt, *quum incertum sit an caperentur.* (Daraus, dass diese Stelle von dem nach der *Lex Aquilia* zu ersetzenden Schaden handelt, ist nicht etwa ein Grund gegen ihre allgemeine Bedeutung zu entnehmen, vgl. Fritz S. 77 f.) Hierzu enthält eine Anzahl Stellen erläuternde Beispiele, so: (§. 10. *I. d.* fr. 23. pr. *ad Leg. Aquil.*) fr. 3. *Si quadrupes*, fr. ult. *de His qui effud.* (entgehender Verdienst durch Verstümmelung) fr. 19. pr. *de Usur.* (entgangene *fructus* einer Sache). Wenn nun die erste der genannten kontroversen Stellen dem Verkäufer bei verzögerter Zahlung des Kaufpreises nur die Verzugszinsen zuspricht, nicht, was er sonst damit erwerben konnte, auch wenn er ein Geschäftsmann war, und durch Anlegung des Gelds in seinem Handel mehr verdienen konnte, — die dritte im Fall verzögerter Leistung der Sache dem Käufer den Gewinn abspricht, welchen er durch Weiterverkauf oder sonstige Geschäftsbenutzung würde haben machen können, — die zweite hingegen für den Fall der unterbliebenen Zahlung einer Geldsumme an einem gewissen Ort, auch den dadurch entgangenen Gewinn zuspricht, wenn der Gläubiger dort *merces solebat comparare*, so kann ich darin nur Aeusserungen eines und desselben

der Werth eines Gegenstands, den er für eine bestimmte Person aus besonderen auf Neigung, Liebhaberei oder individuellen Ansichten und Gefühlen beruhenden Grün-

Princips unter Anwendung auf verschiedene thatsächliche Umstände finden. Der Gewinn soll sicher zu erwarten sein. Denken wir uns nun einen Kaufmann z. B. in Frankfurt a. M. wohnhaft, dem eine Zahlung daselbst für einen verkauften Gegenstand ausbleibt, so wird die Bestimmung der ersten Stelle den Verhältnissen wie dem gedachten Hauptgrundsatz vollkommen angemessen erscheinen; denn wie soll der Schuldner dazu kommen, einen Gewinn der vorausgesetzten Art zu ersetzen, während in keiner Weise feststand, dass der Gläubiger ihn gerade mit diesem Gelde machen wollte und konnte? Eher liesse sich das unter den in der dritten Stelle vorausgesetzten Umständen sagen, zumal wenn es wirkliche Waaren gewesen sind; indessen ist auch hier der Gewinn nicht sicher zu nennen, da die Preise ebenso gut fallen wie steigen können, selbst dann nicht, wenn die Konjunkturen das Letztere erwarten liessen, denn diese selbst sind Täuschungen und wechselnden Einflüssen der mannigfaltigsten Art unterworfen. Ganz anders im Fall der zweiten Stelle. Denken wir uns den vorher erwähnten Kaufmann in Leipzig zur Messe, um Einkäufe zu machen, und dass ihm dort um diese Zeit schuldige Zahlungen ausbleiben, mit denen er jene zu bestreiten beabsichtigte. Der Verdienst durch Einzelverkauf der auf der Messe im Grossen gekauften Waaren ist menschlichen Erwartungen nach sicher. Hat nun der Einkauf auf der Messe aus dem Grunde mangelnder Gelder, welche gleichzeitig hier gezahlt werden sollten, und deren Bestimmung zu diesem Zweck keinem Zweifel unterliegen kann, unterbleiben müssen, so ist das Entgehen des Gewinns durch den Einzelverkauf eine unleugbare Folge des Ausbleibens der Zahlung. An Umständen, welche diesen Fall näher charakterisiren, kommt namentlich noch von beiden Seiten her Folgendes in Betracht. Wer unter diesen Umständen eine Summe schuldig ist, muss nothwendig voraussetzen, dass der Gläubiger sie zu einem solchen Zweck benutzen wollte und würde; hätte letzterer an dem Zahlungsort Kredit, so dass ihm jene Gelder dazu nicht unentbehrlich waren, oder genügende andere Fonds in Händen, so würde die Sache eine andere Gestalt annehmen, und der unterbliebene Einkauf nicht als nothwendige Folge des Ausbleibens gerade jener Zahlung zu betrachten sein. Hätte der Kaufmann zu seinen ursprünglich beabsichtigten üblichen Einkäufen Gelder auch ohnedies genug, die Umstände sind aber rücksichtlich gewisser Artikel so günstig, dass, wenn er mehr Gelder disponibel hätte, er weit mehr kaufen würde, so kann dennoch nach m. E. vom Ersatz des dadurch entgehenden Gewinns keine Rede sein, indem dies gar keine Grenze haben würde. Ebenso kann der Gewinn nur unter Rücksicht auf diejenige Art von Waaren bemessen werden, welche er zu kaufen pflegte (z. B. ein Seidenwaarenhändler Seiden-, nicht Leder- oder Rauchwaaren), nicht auf diejenige, an welcher sich würde am meisten haben verdienen lassen, auch wenn sich das schon auf der Messe ergiebt; wer freilich als Kaufmann *en gros* mit Waaren der verschiedensten Art handelt, und es ganz darauf ankommen lässt, welche den vortheilhaftesten Einkauf darbietet, der würde durch diese Schranke nicht beengt sein. Auf diese Weise also glaube ich den allgemeinen Ausspruch am Schluss der zweiten Stelle in der Anwendung verstehen zu dürfen und zu müssen, mithin nicht in unbedingter Allgemeinheit, sondern mit der näheren Bestimmung nach den Umständen und immer in der Voraussetzung, dass das Entgehen des Gewinns wirklich als eine Folge der widerrechtlichen Handlung zu betrachten sei, und damit in ursachlicher Verbindung stehe. Wie der Begriff der Sicherheit des Gewinns zu verstehen sei, ist im Bisherigen schon zu erkennen gegeben worden. Absolute Gewissheit ist dazu nicht erforderlich; ebenso wenig aber reicht die blosse Möglichkeit hin. Ihn als wahrscheinlich zu bezeichnen, scheint mir bei den mannigfachen Abstufungen dieses Begriffs misslich. Am treffendsten möchte es sein, menschlich sichere Voraussicht als das erforderliche, aber auch ausreichende Moment aufzustellen, und dazu die Absicht hinzuzufügen, jedoch nicht gerade kopulativ. Zwar könnte man geltend machen wollen, dass sich von Jedem die Absicht voraussetzen lasse, einen möglichen Gewinn zu machen, und dass er nie absichtlos geschehe. Das trifft aber nicht nur in Anwendung auf alle einzelne mögliche Fälle nicht zu, sondern ich habe bei der Fassung des Textes Folgendes vor Augen. Es kann ein Gewinn von der Art sein, dass er nicht gerade bestimmt beabsichtigt und dennoch als ein sicherer anzunehmen ist. Wer

den hat, so dass sie ihn um den absoluten Werth nicht missen, und andererseits ihn um einen weit höheren als den letzteren zu erwerben bereit sein würde, so wenig bei der Berechnung des Interesses für sie selbst in Anschlag, als für andere, nämlich in sofern sie in Folge solcher Gründe einen grösseren Gewinn hätten machen können [22].

2) Aus demselben Grunde, dass der Gewinn sicher sein müsse, ist namentlich das Interesse verzögerter Leistungen in Gelde für den Gläubiger regelmässig auf

einem Kind das Augenlicht raubt, kann in den Fall kommen, es zeitlebens ernähren zu müssen, weil ihm die Möglichkeit, sein Brod zu erwerben, entgeht. Von diesem Gewinn kann man nicht sagen, dass er von dem Kind beabsichtigt sei; ebenso wenig von der *accessio* zu einem Grundstück. Dagegen enthält das vorherige Beispiel von dem Kaufmann Beiträge und Bestätigungen dazu, dass nichtbeabsichtigter Gewinn unter Umständen auch nicht ersetzt verlangt werden könne. Es ist also auch hierin nach den Umständen zu unterscheiden. — Die genannten drei Stellen haben noch in neuester Zeit mannigfaltige Auslegung erfahren, Manche haben in den beiden vom Kauf handelnden Eigenthümliches über diesen finden wollen (z. B. Hänel a. a. O. S. 99. Wolff Mora S. 449 ff.), Andere haben in der ersten eine Eigenheit der Geldschulden gefunden, (z. B. Madai Mora S. 383 ff. Fritz Erl. S. 79 ff.), s. dagegen Vangerow S. 45 ff. Man darf durchaus nicht bei den Beispielen und Worten der Stellen stehen bleiben; sowie man das ihnen zu Grunde liegende Princip festhält, gelangt man zu völlig übereinstimmenden Resultaten, und daher ist denn in der ersten Stelle für ähnliche Fälle keineswegs alles *lucrum* unbedingt abgesprochen, und in der letzten ohne Grenze zugesprochen, sondern wenn die Umstände danach sind, findet in beiden gerade das Gegentheil davon Statt, was sie unter Rücksicht der ihren Verfassern dabei vorgelegenen konkreten Fälle aussprechen. — Eine besondere Rolle spielt in dieser Lehre und dem Streit darum der Ausdruck *utilitas circa rem* in fr. 21. §. 3. *d.*, dem dann ein *extra rem* entgegengesetzt und worauf eine besondere Eintheilung des Interesses gebaut worden ist. Eine Aufzählung der erheblichsten Ansichten darüber s. bei Fritz S. 84 f. Ich bin ganz mit diesem und Vangerow darin einverstanden, dass damit keine besondere Art des Interesses der Begrenzung nach habe bezeichnet werden sollen, sondern nur das erweisliche volle Interesse, wie es in fr. 1. pr. *eod.* gemeint ist.

[22] Fr. 6. §. 2. *de Operis servor.* fr. 33. *ad Leg. Aquil.* fr. 62. §. 1. fr. 63. pr. *ad Leg. Falcid.* fr. 1. §. 15. *Si quid in fraud. patroni.* Die zweite und vorletzte Stelle versagen den Werth einer Sache *ex utilitate singulorum*, was einigermaassen zweideutig ist. Gesetzt, ein Blinder hat einen Hund, der so abgerichtet ist, dass er jenen sicher durch Stadt und Land führt, und welcher ihm widerrechtlich getödtet wird; natürlich hat er für jenen einen viel höhern, als den absoluten Werth, indem er ihm einen bezahlten Führer spart, allein auf diesen Fall darf auch jener Ausdruck nicht bezogen werden, er ist vielmehr auf die in der Stelle folgenden erläuternden Beispiele zu beschränken, in denen nur eine bestimmte Person unter den *singuli* zu verstehen ist, während der Werth eines solchen Hunds nicht auf den einen Blinden beschränkt ist. Nur würde freilich der Schadensersatz nicht etwa auf die Lohnung eines künftigen Führers auszudehnen, sondern auf die Schätzung eines so dressirten Hunds zu beschränken sein. — Es giebt übrigens über diesen Punkt, auch ausser der noch besonders beim *jur. in lit.* vorkommenden (s. Anm. [51]) mehrere Meinungsverschiedenheiten bei älteren und neueren Juristen. So nehmen Manche die Berücksichtigung der Affektionen bei *bon. fid. negot.* an, s. Gans a. a. O. S. 119. Schweppe Handb. §. 203. Es liegt dem (was der letztere in vollem Irrthum zwar nicht gelten lassen will,) eine Verwechselung damit zu Grunde, dass Affektion ausreicht, eine Forderung als eine rechtliche zu begründen, s. nachher. Andere wollen davon etwas abhängen lassen, ob *dolus* oder *culpa levis* der schädlichen Handlung zu Grunde gelegen habe; dies hängt dann wieder mit der eidlichen Würderung zusammen. Dagegen kann der *affectus* zum blossen Erwerb eines Rechts genügen, d. h. eine Forderung dadurch schon begründet werden, s. fr. 35. *de Minor.* fr. 54. pr. *Mandati*, fr. 6. pr. 7. *de Serv. export.*, also um sie als rechtliche überhaupt zu charakterisiren, nicht um ihren Werth zu bestimmen; s. §. 83. 1), s. noch Anm. [51].

das Maas der gesetzlichen Zinsen, m. a. W. auf die Verzugszinsen beschränkt[23], doch ist damit ein höheres Interesse nicht ausgeschlossen, sobald die vorher gedachten Voraussetzungen eintreten[24] (s. §. 93.).

3) Wenn das Interesse des Orts der Leistung, d. h. wo diese geschehen sollte und nicht geschehen ist, zur Frage kommt, so entscheiden im Ganzen dieselben Grundsätze, nur wird der Beweis eines solchen, namentlich auch eines entgangenen Gewinns, in solchen Fällen um so leichter sein, je weniger es an einem Zweck, einen bestimmten Nachtheil abzuwenden oder Gewinn zu machen, bei der Bestimmung eines Orts für gewisse Leistungen zu fehlen pflegt. Daher wird denn auch wegen der Verschiedenheit der Preise beweglicher, besonders fungibler Sachen an verschiedenen Orten, wenn die Leistung solcher an einem gewissen Ort zugesagt worden und nicht geschehen ist, ihr Werth zunächst je nach dem dieses Orts veranschlagt, während sonst der des Orts, wo die Klage geführt und das Urtheil gegeben wird, in Betracht kommt, wobei jedoch der Einfluss des eintretenden Verzugs nicht zu übersehen ist[25].

[23] Fr. 19. *de Periculo et comm.* fr. 47. in f. *de A. E.* fr. 60. pr. *Pro socio.*

[24] S. Anm. [21] und Dep. Absch. von 1650. §. 139.

[25] Fr. 3. *de Eo quod certo l.* fr. 4. in f. *de Cond. trit.* fr. 22. in f. *de R. C.* fr. 3. in f. *de A. E.* Vergl. über die Anwendung dieser Stellen §. 93. Anm. [40]. Grundstücke können natürlich nur nach dem Werth des Orts, wo sie gelegen sind, geschätzt werden. — Durch fr. 2. pr. *de Eo quod certo l.* ist die sehr verbreitete Aufstellung des Satzes veranlasst worden, dass die Werthsverschiedenheit auch zu Gunsten des Schuldners, und zwar auch wenn er sich in Verzug befindet, in sofern zu berücksichtigen sei, als, wenn derselbe nicht am Erfüllungsort verklagt werde, er je nach der Beschaffenheit der Preisdifferenz auch eine Ermässigung in Anspruch nehmen könne, weil er sonst durch die Leistung an einem anderen Ort in Verlust kommen könne. S. z. B. Mühlenbruch §. 466. a. E. Unterholzner Bd. I. S. 356. a)—c) und Fritz S. 176., welcher namentlich darauf Gewicht legt, dass nirgends in den Quellen gesagt sei, es solle auf die Verschiedenheit des Orts zur Verminderung der Summe keine Rücksicht genommen werden, wenn der Beklagte in *mora* sei. Ich weiss nicht, wie es zu vereinigen ist, wenn beide letztere Schriftsteller, ersterer S. 123. 2. und S. 267. VI., letzterer S. 364., und zwar nach fr. 3. §. 3. *de A. E.* das Gegentheil lehren, indem von ihnen der erstere Satz auch nicht etwa auf *str. jur. a.* beschränkt wird. Wie lassen sich aber beide Stellen neben einander erklären? Die erste handelt nur von der *a. de eo quod certo l.*, welche nur bei *str. jur. a.* (*in certum*) vorkam; bei diesen blieb der Werth des *locus solut.* unabänderlich bestehen, s. §. 93. Anm. [40], und so war denn freilich eine nothwendige Folge dieser Bestimmung die, dass, wenn bei eintretendem Verzug an einem anderen Ort Klage erhoben wurde, die Berücksichtigung des Leistungsorts-Werths auch zu Gunsten des Verklagten ausfallen konnte. Diese Bestimmung ist aber mit dem Unterschied der *str. jur. a.* gänzlich weggefallen, und die des fr. 3. §. 3. *d.* ganz an ihre Stelle getreten. Hierdurch erledigt sich nun auch die Ansicht und Erklärung, welche Glück Komm. Bd. XIII. S. 334 ff. mit Anderen theilt. Dieser nämlich sagt so: der Beklagte werde bei Verschiedenheit der Ortspreise auf eine geringere Summe verurtheilt, wenn er durch Abänderung des Zahlungsorts Schaden leide; wenn er aber in Verzug sei, so habe er auf eine solche Berücksichtigung nach fr. 37. in f. *Mandati* und fr. 173. §. 2. *de R. J.* keinen Anspruch. (Die Beweiskraft dieser Stellen leugnen namentlich die beiden zuerst genannten Schriftsteller.) Allein wie wäre es möglich, dass es zu einer Verurtheilung soll kommen können, ohne dass der Schuldner in Verzug sei? Angenommen sogar, der Gläubiger wäre in *mora accipiendi* am Zahlungsort gewesen und klagte an einem anderen Ort auf Erfüllung, so ändert sich hierdurch das Verhältniss doch in sofern, als nun der Schuldner in Verzug geräth. Dagegen aber ist es freilich möglich, dass in solcher Handlungsweise des Gläubigers, z. B. er begönne ohne weitere Mahnung den Prozess, und führte dadurch wider den Schuldner die Folge von a, Nr. 2) im Text herbei, ein *dolus* enthalten ist. Erklärt sich dann der Schuldner sofort wiederholt zur Leistung am Erfüllungsort bereit, und offerirt er daselbst, so wird aller-

4) Aus gleichen Ursachen ist der Zeitpunkt von Wichtigkeit, in welchem der Werth einer Sache geschätzt werden soll. Hier kann, wenn es an Gründen für Annahme eines anderen mangelt, nur der Zeitpunkt der richterlichen Entscheidung, und zwar erster Instanz, maasgebend sein, weil durch diese erst jener festgestellt werden soll[26]. Doch wird es an solchen Gründen nicht leicht fehlen; denn α) für den Ersatz eines, unabhängig von bestehenden Obligationen, widerrechtlich zugefügten Schadens gelten besondere Vorschriften. β) Ist der Ersatz des gegenwärtigen Werths einer Sache obligationsmässig festgesetzt worden, so entscheidet dieser Zeitpunkt[27]. γ) Ist ein Zeitpunkt für die Leistung von nur der Gattung nach

dings ein Urtheil des Inhalts: dass es bei dieser Erklärung bewende und der Verklagte nur dort zu leisten schuldig, übrigens aber des Klägers Suchen zurückzuweisen sei, — vollkommen gerechtfertigt sein. Abgesehen aber von einer solchen Gestaltung der Dinge, kann ich mir keinen Fall denken, wo es zu einer „Verurtheilung" des Schuldners kommen könne, ohne dass er *in moram* versetzt und geblieben erscheint, und wie und wodurch dabei der Eintritt und die Wirkung des Verzugs solle abgewendet werden können, und wie man fr. 3. §. 3. *d.* neben fr. 2. pr. *d.* erklären und beide vereinigen will. Soll das nach der Meinung Einiger, dass der Werth des *locus solut.* für *b. f. obl.* nicht, also jetzt ganz und gar nicht in Anschlag komme, vergl. §. 93. Anm. [40], versucht werden, so ist diese zwar an sich unrichtig, (s. das.) allein dann dürfte man ja selbst von diesem Standpunkt auf die zweite Stelle gar kein Gewicht mehr legen, weil sie mit den *str. jur. a.* antiquirt ist. Will also der Schuldner, welcher an einem bestimmten Ort zu leisten hat, allen möglichen Nachtheilen zuvorkommen, so bleibt ihm nichts übrig, als, wenn die Erfüllung dort durch den Gläubiger unmöglich gemacht wird, daselbst zur Deposition des Gegenstands zu schreiten, worin ihm aber auch ein ganz sicheres Mittel dargeboten ist, so dass es anderer Rechtssätze, welche mit bestehenden fundamentalen in unvereinbaren Konflikt gerathen müssen, nicht bedarf. — Uebrigens also kann ich dem in fr. 2. pr. *d.* enthaltenen Satz an sich nur soweit praktischen Werth beilegen, als er bei Berechnungen ausser dem Prozess um die Leistung selbst zur Sprache kommt, allein deshalb bedarf es keiner Bezugnahme auf diese Stelle, und eine solche ist sogar wegen zu besorgenden Misverständnisses ihres praktischen Werthes zu vermeiden.

[26] Nach den beiden ersten Stellen der vor. Anm. und fr. 3. §. 2. *Commod.* wurde bei *a. stricti jur.* auf das *tempus litis cont.* gesehen, (dafür sind auch die bei demselben vorkommenden Ausdrücke *petere* und *agere* zu nehmen, s. fr. 22. *d.* selbst, wo beide wechseln, und fr. 37. *Mandati*) nach dieser letzteren aber bei *bon. fid. a.* auf das *tempus rei judicandae;* für die ersteren Klagen galt der letztere Zeitpunkt nach fr. 3. *de Cond. trit.* dann auch, wenn sie auf Herausgabe einer *species* gerichtet waren; diese Verschiedenheit erklärt Unterholzner S. 265. 1 davon, weil sie dann *arbitrariae* wurden. Eine andere neuere Erklärung dieser äusserst bestrittenen Stelle gab Gans Obl.-R. S. 62 ff., nämlich, dass, wegen der Möglichkeit der Accessionen *post tempus lit. cont.* (fr. 2. *de Usur.*) das Wachsen der *aestimatio* dadurch nicht ausgeschlossen sei; eine dritte endlich Rosshirt in seiner Zeitschrift Bd. III. S. 26. Vergl. nun auch Savigny Syst. Bd. VI. S. 216 ff. und Vangerow 6. Ausg. Bd. I. S. 287. Gegenwärtig ist die von *b. f. act.* geltende Regel allgemein und ausschliesslich, dagegen tritt hierbei der nachher unter δ) folgende Grund in sehr wesentlichen Betracht, indem durch die Klage der Schuldner allemal in Verzug versetzt wird, und es nur darauf ankommt, zu welcher Zeit der Werth grösser war, ob zu der, wo der Verzug eintrat, oder zu der der Verurtheilung, oder noch früher, s. §. 93. — Rücksichtlich der möglichen Urtheile in verschiedenen Instanzen kann zwar, wenn die späteren ein früheres nur bestätigen, kein Zweifel sein, dass der Zeitpunkt des letzteren schon entscheide; wenn aber ein früher abfälliges in einem späteren reformirt wird, so ist allerdings ein solcher möglich. Mir scheint die Zeit des ersten dennoch entscheiden zu müssen, weil das abändernde ganz an dessen Stelle tritt; die Partheien könnten sonst lediglich dadurch einen Vortheil oder Nachtheil der Summe nach erleiden, dass der Unterrichter überhaupt eine andere rechtliche Ansicht hatte, welche wenigstens auf die Summe ohne Einfluss bleiben zu müssen scheint. A. M. ist Schweppe Handb. §. 200. S. 463.

[27] Fr. 28. *de Novat.*

bestimmten Sachen, namentlich also von Waaren, festgesetzt worden, so kommt deren Werth zu dieser Zeit in Anschlag[28]. δ) Wenn der Begriff des Verzugs mit

[28] Fr. 4. *de Cond. trit.* fr. 22. *de R. C.* fr. 59. 60. *de V. O.* (über die Anwendung dieser Stellen vergl. §. 93. Anm. [39]). Das fr. 22. *de O. et A.* ist hiermit anscheinend in Widerspruch, indem es für den Fall der Verbürgung wider den Bürgen den Werth aus der Zeit in Anschlag gebracht wissen will, wo jene geschah, während doch für den Bürgen dieselbe Zeit gelten muss, wie für den Hauptschuldner; indessen lässt die Stelle die Erklärung zu, dass der Bürge erst nach Fälligkeit der Schuld eingetreten sei und für diese eine neue Frist erwirkt habe, womit sich der Widerspruch hebt; vergl. *Cujacius Op.* T. I. p. 1287. *Wieling jurispr. rest.* p. 68. u. Glück Bd. XIII. S. 279 ff. Derselbe Zeitpunkt des Werths wird nun m. W. jetzt von Allen, ausser von Unterholzner a. a. O. S. 266. [4] auch für Sachen anderer Art, d. i. für *species*, also ohne allen Unterschied der Sachen als maasgebend betrachtet; allein die cit. Stellen sprechen, wie schon *Cujacius l. l.* nachdrücklich geltend macht, nur von *merx*, *vinum*, *oleum*, *frumentum* u. dergl., was doch wohl kein Zufall ist, denn da Sachen der Art nur der Zahl und Masse nach in Betracht kommen, der Preis derselben aber fortwährend wechselt, (s. schon *Cujacius l. l.*) so ist die Bestimmung ihres Werths nach dem der Lieferungszeit ebenso nothwendig als natürlich; weshalb hingegen für die Kontrahenten der Werth irgend einer *species* von ihrer Lieferungszeit abhängen solle, dafür kann ich mir keinen Grund denken; allerdings ist er maasgebend für eine eintretende Verschlechterung, allein nur wenn Verzug hinzukommt, s. §. 93. Anm. [38]; dass sich das Interesse danach reguliren kann, gehört hier nicht weiter her und versteht sich von selbst, s. ebendas. Anm. [39]. Weshalb soll aber bei vermehrtem Werth einer *species* dieser nicht in Anschlag kommen können, wenn später der Werth derselben überhaupt zu leisten ist? Warum soll z. B. der Käufer eines Gasthofs, dessen Uebergabe nach einem halben Jahr festgesetzt worden, sich, wenn der Verkäufer dazu nicht zu bewegen und jener zur Klage genöthigt ist, mit dem Werth desselben zu jenem Zeitpunkt begnügen, während er durch Anlage einer Chaussee oder Eisenbahn nachher (vor oder während des Prozesses) das Doppelte erreicht hat? Ausser diesen Stellen pflegen noch folgende hier angeführt zu werden: fr. 12. §. 1. *Si quis caut.* und fr. 11. *de Re jud.*, wozu noch fr. 8. §. 1. *de Edendo* (in dieser Stelle muss die Negation auf irgend eine Weise beseitigt werden, vergl. Glück und IV. S. 40. [13]) hinzuzufügen ist, in der Regel ohne etwas Besonderes daher zu leiten, ausgenommen wieder Unterholzner a. a. O., welcher darauf im Besonderen den Satz baut, dass Verrichtungen, die zu einer bestimmten Zeit vollbracht werden sollen, danach zu schätzen seien; und dann hat *Matth. Magnus differ. jur.* I. 20. (*Thes. Meerm.* III. p. 292.) den noch weiter reichenden Satz danach behauptet, dass das Interesse: *opus fieri*, *habita ratione temporis quo fieri debuit*, zu schätzen sei, ohne später mögliches *augmentum* oder *deminutio*. Ich kann mich hiermit nicht einverstanden erklären. Das Interesse, dass eine gewisse Handlung bis zu, oder an einem bestimmten Tag geschehe, kann allerdings in den damit verknüpften Umständen sehr wesentliche Momente seiner Existenz wie seiner Grösse finden, und namentlich wird später kein Grund zu seiner Verringerung eintreten, warum soll aber nicht auch seine Vermehrung zulässig sein? warum namentlich nicht die Grundsätze von Nr. 1) im Text rücksichtlich unmittelbaren Schadens und entgangenen sicheren Gewinns vollständig zur Anwendung kommen? darauf möchte man die Antwort schuldig bleiben müssen. Wollte man einwerfen, dass ja dieses Alles nur eine Folge, also in der That in dem behaupteten Werth der Handlung zu jener Zeit wirklich enthalten sei, so meint man doch mit dem letzteren nicht dieses, sondern etwas Anderes, nämlich einen fixirten Werth. Dass es nun mit den Ansichten der Römer über die Ansprüche aus der *cautio sisti* und der *editio rationum* eines Argentars seine ganz eigenthümliche Bewandtniss gehabt habe, ist schon daraus ersichtlich, dass das Interesse fixirt stehen bleibt, auch wenn nachher ein Interesse daran, dass die Handlung geschah, gänzlich wieder weggefallen ist; vergl. darüber *A. Faber Ration. ad Pand.* T. I. p. 144. 160. Hiermit leiden andere Handlungen keinen Vergleich, und die für jene beiden Fälle gegebene Bestimmung keine Ausdehnung. Das fr. 11. *d.* spricht allerdings unbestimmt von *aliquid fieri,* und in seinen Schlussworten ist anscheinend eine Regel von einer gewissen allgemeinen Bedeutung enthalten — *ex eo enim tempore*

eingreift, so kommen die für denselben bestehenden Regeln zur Anwendung, welche namentlich auch die vorige Bestimmung modifiziren können, (s. §. 93. Anm. [36] ff.). ε) Der Werth einer untergegangenen Sache wird als der zur Zeit ihres Untergangs angenommen, wenn nicht dafür ein anderer der bisher gedachten Gründe den Zeitpunkt schon bestimmt hat[29]. ζ) Der Werth einer für einen Anderen hingegebenen, oder zu dessen Nutzen dergestalt aufgewendeten Sache, dass er dafür Ersatz leisten muss, wird nach dem Zeitpunkt geschätzt, wo jenes geschah[30].

5) In den Fällen, wo der Gegenstand der Forderung ursprünglich das unbestimmte Interesse oder der Schadensersatz ist, ist dessen Summe keiner Beschränkung weiter unterworfen, als dass der Richter im Allgemeinen angewiesen ist, die

quicquid aestimatur quo novissime solvi poterit. Dieser Satz lässt sich aber einfach so auffassen, dass er mit keinem der hier vertheidigten Grundsätze in Konflikt geräth, nämlich: Alles wird nach dem Zeitpunkt geschätzt, bis wohin längstens eine wirkliche Erfüllung geschehen konnte, — also so, dass durch die ursprünglich schuldige Leistung selbst volle Befreiung eintrat. Nun wird aber Niemandem entgehen, dass diese Möglichkeit mit dem *dies* keineswegs nothwendig und immer schwindet, indem eine zu einem bestimmten Tag zu liefernde Sache, wenn deren Werth nachher gestiegen ist, sehr wohl später auch noch *solvi poterit*, da der Gläubiger nicht anstehen wird, sie zu nehmen. Mithin kann jener Satz unmöglich eine ganz allgemeine Regel enthalten sollen, aus welcher die konstante Fixirung der *aestimatio* auf den *dies solutionis* zu erklären und zu folgern wäre. Er muss vielmehr einen anderen Sinn haben, und der ganze Zusammenhang (bes. *quandocunque post calendas etc.*) möchte wohl von der Voraussetzung des konkreten Falls zeugen, dass das dermalige Interesse sich vermindert oder verloren hatte; hiermit aber werden wir auf solche wie in den beiden anderen Stellen enthaltene Fälle hingewiesen. Diese selbst sind nicht mehr praktisch; dass überhaupt sich ein analoger praktischer Fall denken lasse, in welchem sich ein Interesse nach einem bestimmten Tag für eine Handlung so fixire, dass es auch später noch dann gefordert werden könne, wenn alles Interesse an der letzteren weggefallen, und kein höheres, wenn ein solches inzwischen erwachsen ist, muss ich bezweifeln. Dass andere ähnliche aber vorkommen können, d. h. solche Fälle, in welchen die Leistung der Handlung nach dem *dies* ganz und gar kein Interesse mehr hat, ja der Gläubiger ihrem Zweck und Inhalt nach sie nun gar nicht mehr verlangen wird, (aber auch nicht anzunehmen braucht,) für das Interesse also in sofern der *dies* in Betracht kommt, ist möglich, — z. B. es hätte Jemand zu einem bestimmten Tag, wo ein feierlicher Aufzug vor seinem Hause vorbeiziehen wird, ein vor demselben zu errichtendes Gerüst bestellt, um darauf Plätze, die schon im Voraus vermiethet sind, anzubringen, und der Schuldner macht es nicht fertig, — auch dann aber wird sich nicht von dem Werth der Handlung an diesem Tag, also einer Art von Taxe reden lassen, sondern immer nur von dem Interesse an der gerade zu diesem Tag erforderlich gewesenen Vollendung des *opus*. Es bedarf also keiner besonderen doktrinellen Hervorhebung eines solchen Falls in Verbindung mit dem Zeitpunkt der Leistung. Dieser ist hier auch nur ein bei der Berechnung des Interesses überhaupt gleich jedem anderen in Anschlag zu bringender Umstand. Wer den gedachten Bezug des fr. 11. *d.* wegen der Allgemeinheit in seiner Fassung nicht zugeben zu dürfen, also es von Handlungen ohne Unterschied verstehen zu müssen glaubt, der würde wenigstens, wie nachgewiesen worden, die zu leistende *species* ausnehmen, den Schlussworten aber eine ganz andere Bedeutung beilegen müssen, wenn sie noch passen und nicht mit den allgemeinen Grundsätzen der Berechnung des Interesses in unvereinbaren Widerspruch gerathen sollen; wer nur ähnliche andere Handlungen, wie in den beiden anderen Stellen enthalten, m. a. W. also solche versteht, die an dem bestimmten Tag einen fixirten Werth annehmen, und für immer behalten, der müsste erst praktische Beispiele anführen, bevor ich zugeben könnte, dass sich von der Stelle ein Gebrauch machen lasse.

29 Fr. 3. *de Condict. trit.* wenn durch Untergang der Sache Befreiung des Schuldners eintritt, kann vom Ersatz natürlich keine Rede sein.

30 Fr. 37. *Mandati.*

Schadensberechnung genau zu erwägen, auf den Grund des geführten Beweises festzusetzen, und übertriebene Ansprüche zurückzuweisen [31]. Wenn aber die Forderung auf eine bestimmte Summe oder auf bestimmte Sachen gerichtet ist, so kann das Interesse oder der Schadensanspruch aus der ganz unterbliebenen oder nicht kontraktgemäss geschehenen Leistung den doppelten Betrag der schuldigen Summe oder des absoluten Werths der schuldigen Sache nicht übersteigen; und zwar steckt im Doppelten diese Summe oder dieser Werth selbst mit, so dass sie das Einfache ausmachen; ist daher die Sache selbst noch geleistet worden, so geht der wahre Werth, welchen sie noch jetzt hat, davon zurück [32].

[31] S. die in der folg. Anm. cit. Stelle. Für obigen Satz zeugen ausserdem schon alle die Stellen, welche die *aestimatio judicis* überhaupt zur Ausmittelung der Schadenssumme und deren Feststellung erfordern, vermöge des Begriffs. Vergl. übr. Anm. [15].

[32] Ueber die c. un. *de Sentent. quae pro eo etc.*, welche dies anordnet, (vergl. schon fr. 44. *de A. E.*) ist rücksichtlich der Ausdehnung dieser Vorschrift Streit, s. bes. Fritz Erl. S. 86 ff. W. Sell in s. Jahrbb. Bd. I. S. 183 ff. 207 ff. Vangerow S. 49 ff. und die dort Gen. Derselbe betrifft besonders die Grenze der darin einander gegenübergestellten *casus, qui certam quantitatem vel naturam habent*, und derer *qui incerti videntur.* Die Ausdrucksweise ist allerdings zweideutig und mangelhaft, allein die gewählten Beispiele, die Nothwendigkeit eines vorhandenen *simplum* um das *duplum* zu berechnen, und die Berücksichtigung des hierzu natürlich sich darbietenden Unterschieds eines ursprünglich beabsichtigten bestimmten Leistungsobjekts, d. h. entweder der Individualität oder der Summe nach, die auch ein üblicher oder Marktpreis vertreten kann, (s. Sell S. 215.) und der allgemeinen Ersatzleistung eines Schadens oder Interesses, können nicht wohl zweifeln lassen, dass dieser Unterschied wirklich gemeint sei. S. auch die Gen. und bes. Sell S. 206 ff. 214. Zwar hat neuerlich wieder Unterholzner a. a. O. S. 264. k) wenigstens um die Fälle des unbestimmten *id quod interest* mit unter die Vorschrift zu ziehen, auf die Worte: *in omnibus contractibus* verwiesen; allein wenn diese, denen überhaupt in dieser Stelle weniger Gewicht beigelegt werden darf als dem Sinn, hinter dem ausdrücklich genannten Kauf und Miethe hinzugefügt worden, um jene zweideutigen Worte zu erläutern, so ist zu berücksichtigen, dass die Kontrakte weit öfter bestimmte Objekte betreffen, als nicht. Man wird annehmen dürfen, dass vorzugsweise die *ex consensu* und *ex re* gemeint sind, und von diesen haben alle ausser dem Mandat und der *societas* stets *certam naturam;* auch die *ex verbis* haben öfter dieselbe Eigenschaft, als nicht. Daher hat wahrscheinlich Justinian in der Konst. nur das vor Augen gehabt, was regelmässig oder meistens geschieht, und als Gegensatz wohl besonders an die *pacta* gedacht. Danach sind also namentlich nicht von der Vorschrift betroffen die Obligationen auf Ersatz, welche erst durch eine schädliche Handlung entstehen, und die, welche sonst überhaupt nur das unbestimmte *id quod interest* zum Gegenstand haben. Ders. S. 217 ff. Es ist auch nicht an die römische Eintheilung der *oblig. certae* und *incertae* zu denken, denn dazu fehlt es an jedem Grunde. Die Modalität der obligationswidrigen Handlung ist übrigens gleichgültig; zwar leugnen Manche (z. B. Sell S. 211 ff., dessen eigene Gründe seine Gegengründe völlig überwiegen, und dort Gen.) bei fehlerhaften Leistungen oder schuldvoller Verschlechterung oder Vernichtung der *res debitae* die Anwendung der justin. Vorschrift, allein da hier nicht minder der obgedachte Maasstab angelegt werden kann, nämlich der Werth der Sache im unverletzten Zustand, welcher aus faktischen Gründen vielleicht schwerer zu beweisen ist, was aber doch die Regel nicht aufheben kann, so ist kein Grund vorhanden, ihn zu verwerfen, s. auch Vangerow S. 54. Wenn freilich durch fehlerhafte Beschaffenheit einer geleisteten Sache ein grösserer mittelbarer Schaden entstanden ist (s. Anm. [19] zweites Beispiel), so handelt es sich gar nicht um ein *simplum*, sondern das Interesse hat eine ganz andere Grundlage und verschiedene Voraussetzung. Vergl. Fritz S. 90., dessen allgemeine Auffassung der *casus certi* übrigens in sofern als zu enge erscheint, als er ausser Geldsummen nur solche Sachen für inbegriffen erachtet, die einen Marktpreis im weiteren Sinn des Worts haben. Ebenso wenig kann die sogar von den Meisten vertheidigte Ansicht als richtig zugegeben werden, „dass die Vorschrift dann nicht Platz ergreife, wenn der

Neben diesen allgemeinen Grundsätzen bestehen für die Ausdehnung des Schadensersatzes in einzelnen Fällen und je nach besonderen zusammentreffenden Umständen zahlreiche besondere Regeln; diese bestimmen dann namentlich den vorher aufgestellten ersten Grundsatz in der Anwendung auf einzelne Obligationen näher[33], und es kann ihrer daher nur bei diesen oder bei Gelegenheit der allgemeinen Begriffe, auf welchen sie beruhen, gedacht werden. Auch mit diesen besonderen Regeln neben den allgemeineren Grundsätzen für die Bestimmung des Interesses ist aber für die Auffindung seiner Summe in den Einzelfällen kein Maasstab hergestellt; nur das gegenseitige Verhältniss wird dadurch juristisch fest normirt, während die Ermittelung der Summe, wie schon vorher gesagt wurde, von rein thatsächlicher Natur ist. Die Beurtheilung der Richtigkeit derselben als Resultat kann sowohl von der Art sein, dass dazu keine andere Kenntnisse und Erfahrungen, als die des gemeinen Lebens erfordert werden, wo dann der Richter diese zur Anwendung zu bringen und danach die Summe zu taxiren hat[34]; als, dass sie solche voraussetzt, und also ein Gutachten Sachverständiger, eine Taxe nöthig wird. In Ermangelung eines hierdurch herzustellenden vollen Beweises dient die eidliche Bestärkung der Schadenssumme als Aushülfe, (das sog. juramentum quantitatis, auch veritatis) welche zwar als ein Ergänzungseid zu betrachten, jedoch nicht gerade an die Voraussetzungen des Erfüllungseids gebunden ist[35].

Schaden durch *dolus* entstanden sei," sobald der Maasstab in einem bestimmten Objekt der Leistung vorhanden ist, und nicht durch den *dolus* ein selbstständiger Anspruch entsteht; s. Sell S. 221 ff., über die Berechnung s. dens. S. 238 ff., und über die praktische Gültigkeit der Vorschrift, und dass sie nicht durch den Dep. Absch. von 1600 §. 139. auf die *casus certi* ausgedehnt sei, S. 246 ff.

[33] Um nur Einiges anzudeuten, nenne ich den Einfluss des *dolus* im Gegensatz zur *ignorantia* des Verkäufers in Bezug auf den durch den verkauften Gegenstand entstandenen mittelbaren Schaden, fr. 13. pr. §. 1. *de A. E.* den Umfang der Obl. aus dem Kauf unter solchen Einflüssen überhaupt in fr. 57. *de Contr. emt.* den Einfluss unlauterer Motive zur Uebernahme der *negot. gestio*, fr. 6. §. 3. *de Negot. gest.* den Umfang des Eviktions-Interesses, fr. 43. in f. 44. *de A. E.*

[34] S. §. 5. bei und in Anm. [17] ff.

[35] Es ist Streit darüber, ob und wieweit dieser Eid eine andere Natur als die des eigentlichen Erfüllungseids habe. Die Stellen, welche dabei in Betracht kommen, sind folgende: fr. 5. §. 4. fr. 6. *de In lit. jur.* c. 3. *de Reb. cred.* Manche glauben, ihn direkt darauf stützen zu können. Andere erkennen zwar an, „dass in den beiden ersten ein *jur. in lit.* von ganz eigenthümlicher Art erwähnt sei, nämlich, wenn bei *actiones str. jur.* (vgl. Anm. [36]) die Unmöglichkeit der *aestimatio judicis* durch eine Culpa des Verklagten herbeigeführt worden, so könne der Richter zur Aushülfe dem Kläger den Eid auflegen. Die weiter reichende Ansicht, dass bei jeder Beschädigung, wenn sie auch nur *culpa levi* geschehen, der Eid *in subsidium* vorkommen könne, sei aber irrig; die c. 3. *d.* spreche nur von dem gewöhnlichen prozessualischen Ergänzungseid." S. z. B. Vangerow Bd. I. S. 201. und 199. Die eigentliche praktische Bedeutsamkeit dieses Eids tritt dann hervor, wenn zwar die Existenz der Forderung erwiesen ist, ihr Betrag aber entweder nicht so weit, dass ein Erfüllungseid nach den allgemeinen Prozessregeln auferlegt werden könnte, oder gar nicht, und auch die Voraussetzungen des *juram. in litem* (s. b.) fehlen. Die, welche diesen Eid als einen besonderen leugnen, bestreiten ausser der Interpretation jener Stellen (von einigen anderen, worauf man sich auch noch berufen hat, ist ganz abzusehen,) auch noch „dass er, wie von den Vertheidigern desselben ebenfalls behauptet worden, als ein sicheres Resultat der Praxis zu betrachten sei." B. Busch im Arch. Bd. XXI. S. 206 ff. Es muss zugegeben werden, dass er sich aus jenen Stellen nicht direkt ableiten lässt, (s. dens. S. 210 ff.) dass der in den beiden ersten erwähnte vielmehr ein anderer sei, s. Anm. [36] a. E., auch dass die Praktiker in den Voraussetzungen und der Begründung dieses Eids sich oft schwankend, ja zum Theil nicht übereinstimmend aussprechen; dennoch herrscht für den im Text vorausgesetzten Fall über die Zulässigkeit eines besonderen Eids überhaupt Einverständniss, s. die bei Busch

b) Wenn Jemand, der zur Zurück- oder Herausgabe einer Sache, oder zu deren Exhibition oder zur Wiederherstellung eines gewissen thatsächlichen Zustands verpflichtet ist, sich die Erfüllung entweder durch Dolus unmöglich gemacht hat, oder wider das sie anordnende richterliche Gebot in Ungehorsam beharrt, so soll zu seiner Strafe der Kläger berechtigt sein, seinen gesammten noch ungewissen Schadensanspruch eidlich[36] zu würdern; dieselbe Befugniss findet auch bei Klagen,

a. a. O. Gen.; es halten namentlich auch alle neuere Prozessualisten daran fest, und zwar unter diesen Voraussetzungen: dass die Forderung an sich vollkommen richtig und nur die Summe derselben bestritten sei, andere Beweismittel ohne Schuld des Gläubigers mangeln, dass die geforderte Summe den Umständen entsprechend erscheine, also wahrscheinlich sei, und kein persönlicher Verdachtsgrund gegen die Eidsleistung von Seiten des Gläubigers vorliege. Es lassen sich aber auch in der That dafür folgende Gründe anführen: 1) es kann nicht bezweifelt werden, dass unter diesen Voraussetzungen dem Verklagten nach gewöhnlichen Prozessregeln ein Reinigungseid aufzulegen wäre, wenn es der Herausgabe einer *species* gälte; wollte man nun dieses hier rücksichtlich einer Summe statuiren, so würde man das widersprechende Resultat bezwecken, dass, während doch feststeht, dass überhaupt ein Schaden gestiftet worden, der Verklagte nun nur eidlich ableugnete, dass er sich so hoch belaufe, wie der Kläger angiebt, womit nichts Positives erreicht sein würde. 2) Dass dem Prozess angehörige *juramentum expensarum*, welches gesetzlich anerkannt ist, (c. 13. §. 6. *de Jud.* K. G. O. von 1555. P. I. tit. 66—68.) ist nur eine Anwendung dieses Eids. 3) In c. 32. *X. de Jurejur.* ist dieser Eid in sofern ausdrücklich anerkannt, als, wenn die gedachten Voraussetzungen zutreffen, und namentlich ohne Erwähnung eines gewissen Grads der Stärke des erbrachten Beweises, der Richter nach Befinden der Umstände einer von beiden Partheien ein *juram. de veritate dicenda* über die Grösse der Forderung auflegen soll, also entweder dem Kläger, oder dem Verklagten, wobei dann natürlich letzterer mitbeschwören muss, wie gross die Summe wirklich sei. Hiernach stellt sich das Resultat als richtig heraus, dass in der vorher gedachten eigentlich praktischen Gestaltung der Frage nach diesem besonderen Eid, dem Gläubiger bei weniger als halb geführtem Beweis der Grösse seiner Forderung der Erfüllungseid aufzugeben ist, wenn er allein *de veritate* schwören kann, wenn aber auch der Verklagte, so darf zwar nach Umständen auch diesem der Eid (als *purgator.*) aufgegeben werden, aber mit Rücksicht auf eine bestimmte Summe. Vergl. Schmidt Handb. des Proz. Bd. II. S. 403 ff. und dort die Lit. Im Text habe ich mich darum auf Angabe des Resultats im Allgemeinen beschränkt, weil dieser ganze Gegenstand eigentlich prozessualischer Natur ist.

[36] Das *juram. in litem* kommt in den Quellen bei *arbitrariae* und solchen *bon. fid. act.* vor, die auf *restituere* oder *exhibere* gerichtet sind, also aber auch auf *in rem actiones* anwendbar, (s. §. 29. Anm. [45]) um den Werth des Streitgegenstands, einschliesslich des Interesses, zu schätzen, und zwar unter Voraussetzung der Entstehungsursachen des Schadens, deren im Text gedacht ist, wobei der *dolus* die *culpa lata* in sich begreift; s. bes. fr. 1. 2. 4. fr. 5. 4. pr. §. 3. fr. 8. 10. *de In litem jur.* (fortan *h. t.* citirt) fr. 18. pr. *de Dolo*, fr. 25. §. 10. *de H. P.* fr. 68. *de R. V.* fr. 7. *Si serv.* fr. 16. §. 3. fr. 21. §. 3. *de Pignor.* fr. 18. pr. *de Dolo*, fr. 8. §. 1. fr. 9. *Rer. amotar.* fr. 25. §. 1. *Soluto matrim.* c. 2. *h. t.* (Wenn *in litem jurare* zuweilen hierbei in Gegensatz zum *id quod interest* gestellt wird, so ist dies von dem objektiv bestimmteren Umfang des letzteren zu verstehen, und mit Rücksicht auf den Entstehungsgrund des Nachtheils geschehen, fr. 2. §. 1. *d.*) Dasselbe ist ferner ausgedehnt auf *act. str. jur.*, und zwar ohne Beschränkung auf *restituere* und *exhibere*, wenn die Schätzung des Streitgegenstands auf andere Weise etwa durch den vom Verklagten verschuldeten Untergang desselben unmöglich geworden war, weiter nicht, fr. 5. §. 4. fr. 6. 9. *h. t.* (vergl. Anm. [35]). Dabei versteht sich, dass, soweit der Schadensbetrag schon gewiss ist, es des Eids nicht bedarf, fr. 3. *h. t.* und dass, wenn der Gläubiger denselben überhaupt auf andere Weise darthun kann, er auf den Eid verzichten oder ihn ablehnen kann, fr. 71. *de R. V.* c. 2. *h. t.*; s. auch fr. 4. pr. *h. t.* Ueber die weitere Ausdehnung desselben ist grosser Streit. Die herrschende Meinung ging lange dahin, dass das *jur. i. l.* ein allgemeines Mittel, um den durch *dolus* oder *culpa lata* entstandenen Schaden nach subjektiver Anschauung zu be-

welche irgend einen Schadensersatz, also ausser den eben gedachten Fällen, bezwecken, dann Statt, wenn sich die Grösse des Schadens in Folge einer Verschul-

stimmen, und *in subsidium* zum gleichen Zweck bei jeder auch nur *culpa levi* geschehener Beschädigung brauchbar sei; s. hierüber bes. Schröter in dessen Zeitschrift Bd. VII. S. 356 ff. und die dort Gen. (bei diesem s. auch den vermuthlichen Ursprung und die Geschichte dieses Eids und seine Verbindung mit dem Formularprozess). Zunächst kommt es hierbei darauf an, ob man sich für die Zulässigkeit des Eids bei den *b. f. act.* ohne weiteren Unterschied erklären will, wenn durch *dolus* oder *c. l.* überhaupt ein Schaden entstanden ist. Dafür werden namentlich diese Gründe geltend gemacht: die allgemeinen Aussprüche in fr. 5. pr. *h. t.* und fr. 3. §. 2. *Commodati;* die Ausdehnungen von der objektiven Seite der Obl. her, in fr. 5. §. 4. *h. t.*, wenn Lieferung einer Sache versprochen war, in fr. 15. §. 7. 9. *Quod vi*, in Bezug auf Herstellung eines heimlich verrückten Zustands eines Grundstücks, und in fr. 7. *Si serv. vind.*, wo die Würderung der Kosten der Ausbesserung einer dienenden Mauer mittelst *jur. in lit.* vorkommt. (Vgl. neuerlich wieder Unterholzner a. a. O. S. 257.) Dagegen wird angeführt: dass in manchen Stellen, namentlich fr. 68. *de R. V.* und fr. 25. §. 1. *Soluto matr.*, allgemeine Aussprüche der Beschränkung auf Fälle der *restitutio* enthalten sind, indem darin ein Grund für die Zulässigkeit des *jur. i. l.* gesetzt wird; dass es bei der *a. depos. contr.* in fr. 5. pr. *Depos.* abgesprochen wird; dass alle die *b. f. a.*, bei denen es in den Quellen vorkommt, auf *restituere* gerichtet sind; (fr. 3. *h. t.* fr. 1. §. 26. *Depos.*, fr. 3. §. 2. *Commodati*, fr. 48. §. 1. *Locati*, fr. 25. §. 1. *Soluto matr.*, fr. 8. *h. t.* c. 2. 4. *h. t.*, fr. 7. pr. *de Admin. tut.*) vergl. bes. Schröter S. 366 ff. u. auch Vangerow a. a. O. Bd. I. S. 198 f. Fritz a. a. O. S. 94 ff. Von den Gegengründen steht nun dem ersten unverkennbar entgegen, dass weder in diesen Stellen noch irgendwo der Bezug des Eids auf *restituere* und *exhibere* als ein ausschliesslicher zu erkennen gegeben wird, noch dass er nur daraus erklärt werden könnte, dem widerspricht schon die Ausdehnung des fr. 5. §. 4. *d.*; die Schlussworte: *ex quibus etc.* in fr. 68. *d.* stehen namentlich nicht in unmittelbarem Bezug auf das *jur. i. l.*, sondern auf den ganzen Satz und besonders die *manus militaris*, denn mit der entgegengesetzten Interpretation könnte man mit gleichem Recht beweisen, dass der mittlere Satz: *si vero nec potest etc.* ebenfalls der Beschränkung unterliege, was Niemand behauptet. Der zweite Grund fällt dadurch weg, dass in dem darin erwähnten Fall gar kein Schaden durch *dolus* vorausgesetzt ist. Der dritte Grund hingegen ist von einem unleugbaren Gewicht, besonders wenn man (des *arg. e contr.* aus c. 4. *de A. E.* nicht zu gedenken) hinzunimmt, dass die angeführten Fälle des zweiten der für die Ausdehnung aufgestellten Gründe in der That ebenfalls ein *restituere*, resp. ein Surrogat dafür bezwecken, vergl. Schröter S. 366 f. Erwägt man nun ferner, dass, wenn sonst diese Ausdehnung nicht gegründet ist, die allgemeinen Aussprüche über die Zulässigkeit dieses Eids bei *in rem*, *ad exhib.* und *b. f. act.* (fr. 5. pr. *d.*) damit nicht in Widerspruch stehen, sondern sich recht wohl davon erklären lassen würden: nämlich in sofern es dabei auf ein *rest.* und *exh.* ankommt, — so kann aus ihnen auch kein Grund für dieselbe geschöpft werden. Ich muss mich daher der neueren, seit Schröter's Forschungen über das *jur. i. l.* auch ziemlich allgemein (s. jedoch Mühlenbruch §. 369.) befolgten Doktrin anschliessen; hat zwar *restituere* auch zuweilen den allgemeineren Sinn von schadlos halten (s. z. B. *fr. ult.* §. 1. *de V. S.*), so ist doch dieser in den Stellen, worin es bei *b. f. a.* erwähnt wird, nicht gemeint, und überhaupt spricht dagegen der von Schröter (S. 370.) entwickelte Grundgedanke für die Zulässigkeit des *jur. i. l.*, dass nämlich der Verletzte den Werth des ihm widerrechtlich Entzogenen selbst würdern solle, weshalb er ausdrücklich *poena* genannt wird (fr. 8. *h. t.*, vergl. fr. 60. §. 1. *ad Leg. Falcid.*). *Restituere* ist vielmehr zunächst von der wirklichen Zurück- oder Herausgabe einer Sache zu verstehen, wie diese vermöge einer *in rem* oder *in personam a.* unter allen möglichen Umständen und Gestaltungen verlangt werden kann, mag der Gegner nur Detention haben, oder volles Eigenthumsrecht, (wie beim Pfand, welches ein Dritter als Eigenthümer hat,) mithin auch in Folge letztwilliger Zuwendung; übrigens aber darf der Begriff von *restituere* hier nur nach den beiden genannten Stellen fr. 7. *d.* und fr. 15. §. 7. 9. *d.* über den der Herausgabe ausgedehnt werden. Vergl. hierüber Savigny System Bd. V. S. 127 ff. Die Zulässigkeit des *j. i. l.* im R. R. gestaltet sich also hiernach in wenigen Worten so, dass sie

dung des Verklagten von gleicher wie der gedachten Art auf keine andere Weise ermitteln lässt, also zur Aushülfe. Der Schaden umfasst auch hier sowohl den Sachwerth, als nach Umständen daneben das anderweite Interesse, oder auch dieses

ein regelmässiges Recht der arbiträren Klagen ist, dass sie also mit der *arbitraria formula* gleichen Schritt hielt, — zu denen diejenigen gehören, die nicht *str. jur.* sind, und zugleich Restitution oder Exhibition zum Zweck haben, sobald dem *arbitrium* keine Folge geleistet wurde, s. §. 29. Anm. [45] und Savigny a. a. O. S. 123. [e]) und 129. [g]). — Eine zweite wichtige Frage über die Ausdehnung des *j. i. l.* betrifft die in der Anwendung des R. R. in Deutschland geschehene Gleichstellung der *bon. fid.* und *str. jur. act.* und den Wegfall der prozessualischen Eigenthümlichkeit der *arbitrar. a.* Während man vermöge der ersteren auch das *j. i. l.* bei ehemaligen *str. jur. a.* nunmehr als statthaft, und diese Verschiedenheit mit dem Wegfall des gedachten römischen Klagenunterschieds (s. §. 29. Nr. III.) auch als verschwunden betrachtete, hat neuerlich Schröter S. 389 ff. und ihm folgend einige Andere, zu behaupten versucht, dass diese Eigenthümlichkeit der *str. jur a.* noch jetzt als fortdauernd betrachtet werden müsse. Es fehlt aber durchaus an Gründen zur Aufrechthaltung dieser römischen Eigenthümlichkeit, nachdem die weiterreichende allgemeine Verschiedenheit in ihrer Wirksamkeit und praktischen Bedeutung weggefallen ist. Dagegen kann dem Wegfall der prozessualischen Eigenthümlichkeit der *arbitr. a.* nicht auch die Wirkung des Wegfalls der nicht blos formellen, sondern materiell wesentlichen Voraussetzungen beigelegt werden, unter denen es zur *arb. form.* und also zum *j. i. l.* kam. Es bestehen m. a. W. für dasselbe die Voraussetzungen des *restituere* und *exhibere* unverändert fort und müssen nunmehr auch für die sonstigen *str. jur. a.* aufgestellt werden; wenn sie aber zutreffen, so kann auch bei diesen dem *j. i. l.* kein Bedenken entgegenstehen, s. auch Savigny Syst. Bd. V. S. 141. f) und 145., nur wird sich hier seltener Gelegenheit dazu darbieten. Hiermit hängt nun die Frage zusammen, welchen praktischen Werth man dem besonderen *j. i. l.* beilegen will, welches nach dem fr. 5. §. 4. *d.* für *str. j. a.* vorkam? Dieses muss nach gleichen Grundsätzen für alle Klagen ohne Unterschied als zulässig angesehen, seine Eigenthümlichkeit aber ebenso für alle aufrecht erhalten werden. Wie steht es aber um dessen Voraussetzungen? Nach dem in der Stelle enthaltenen Beispielsfall ist vor Allem an die des *exhibere* oder *restituere* hier nicht gedacht, sondern eine einfache Stipulation, also *tradere*, vorausgesetzt; ebensowenig ist *dolus* oder *contum.* auf Seiten des Schuldners erfordert, sondern nur Untergang des Gegenstands während der *mora* erwähnt. Indessen glaube ich doch, dieses Erforderniss (a. M. Fritz S. 96.) nach der allgemeinen Regel darüber (bes. fr. 2. §. 1. fr. 4. §. 4. *h. t.*) festhalten zu müssen, und es steht ihm auch die *mora*, welche ja nicht als *culpa levi* geschehen vorausgesetzt werden muss, gar nicht entgegen. Dass man, soweit die Stelle nicht Abweichungen ausdrücklich enthält, übrigens die Natur des *jur. i. l.* festhalten müsse, dazu nöthigt schon die Erwähnung desselben in fr. 5. §. 4. *h. t.* unter seinem gewöhnlichen Namen und mitten unter und neben Bestimmungen über das wahre eigentliche *j. i. l.* (Ders. Ansicht ist Puchta §. 226. [r])). Dagegen erscheint der Eid hier nur als Nothbehelf und Ausnahme, unter übrigens etwas unsicher und schwankend ausgedrückten Voraussetzungen. Ist nun dieser Eid schon nach R. R. auch für *b. f. a.* bei gleicher Sachlage für zulässig zu halten? Ich stehe nicht an, dies zu bejahen; s. auch Fritz S. 96. Nach heut. R. kann die Ausdehnung, wie schon bemerkt, vollends keinem Zweifel unterliegen, indem noch weniger ein Grund zu finden ist, diese Vorschrift als ein Vorzugsrecht der ehemaligen *str. jur. a.* zu erhalten. Dieser Eid steht dann zu dem bei Anm. [35] vorgekommenen in dem Verhältniss, dass er einige anderweit schon festgestellte Wahrscheinlichkeit oder einen Beweis von noch so geringer Stärke für die Schadenssumme selbst nicht voraussetzt, dagegen aber, dass die Nothwendigkeit der Aushülfe, m. a. W. die Unmöglichkeit der Taxation auf andere Weise durch *dolus* u. s. w. des Verklagten herbeigeführt worden ist. Ueberhaupt aber besteht zwischen den drei in dieser und der vorigen Anm. besprochenen Eiden dieses Verhältniss. Das eigentliche *j. i. l.* hat seine bestimmten Voraussetzungen rücksichtlich der Fälle, auf welche, und der Veranlassungsgründe des Schadens, in Folge deren allein es zulässig ist. Das uneigentliche (aus fr. 5. §. 4. *d.*) ist zwar nicht an jene Voraussetzungen, wohl aber an diese Veranlassungs-

allein [37]. Hat nämlich der Kläger kein grösseres Interesse als den wahren Sachwerth, so wird sich seine Schadenssumme auf diesen beschränken [38]. Hat er da-

gründe in sofern gebunden, als es vermöge der letzteren dahin gekommen sein muss, dass die Ausmittelung der Grösse irgend eines Schadens auf andere Weise nicht mehr möglich ist. Der Eid bei Anm. [35] endlich ist nur ein von dem gewöhnlichen Erfüllungseid in nicht so fester prozessualischer Voraussetzung verschiedener, als der letztere erfordert. Für den mittleren Eid behauptet nun aber Schröter S. 383 f. noch die weitere Beschränkung, dass, da bei *str. j. a.* die Formel keine Steigerung oder Minderung des Gegenstands zugelassen habe, die eidliche Würderung, als Nothbehelf zur Unterstützung der *aestimatio jud.*, nur den Gegenstand, über dessen Werth sonst keine Gewissheit zu erlangen gewesen wäre, betroffen, worauf dann der *judex* seine eigene *aestimatio* gestützt habe; es sei also nur die *aestim. rei*, nicht des Interesses, wie beim eigentlichen *j. i. l.*, beschworen worden. Zu diesen scharfen und bestimmten Folgerungen aus dem fr. 5. §. 4. *d.* ist man aber m. E. nicht berechtigt; soll einmal auf einzelne Worte (*judex aestimare non potest rem*) Gewicht gelegt werden, warum will man dann dem *jur. in lit.*, wie es doch ausdrücklich genannt wird, hier seinen gewöhnlichen Umfang absprechen und diesen als durch den Begriff gegeben leugnen? Die Verbindung mit *Plane interdum et etc.* deutet doch klar an, dass hier von einem und demselben Eid die Rede sei; sind nun auch seine Voraussetzungen der Anwendbarkeit nach Verschiedenheit der Art des Schadens verschieden, so ist doch, wenn er denn einmal anwendbar ist, kein Grund vorhanden, demselben Eid einen bald weiteren bald engeren Umkreis zu verleihen. Es darf ja auch überhaupt die Vorstellung, dass der *judex* einen Theil seines *officii*, die *aestimatio*, hier dem Kläger überlasse (Schröter S. 359.), gar nicht wörtlich genau genommen werden, denn dass der *judex* vor und nach dem Eid Einfluss auf die Summe habe (s. nachher im Text), leugnet ohnehin Niemand, und so steht denn nichts entgegen, vielmehr hierin die eigentliche *aestimatio* zu setzen; und wenn nun z. B. in fr. 46. *de R. V.* gesagt ist: *ejus rei*, *quae per in rem act. petita tanti aestimata est quanti in lit. actor juraverit*, *etc.*, so ist damit der Beweis geführt, dass der Ausdruck *aestimare* die eigentliche Feststellung der Ersatzsumme durch den *judex* vor oder nach dem *jur. i. l.* bezeichnet, (die in jenem Fall gerade auf die beschworene Summe geschah) also dabei nicht der Schwörende, sondern der Richter allemal ästimirt; mithin ist in der Ausdrucksweise des fr. 5. *d.* nicht einmal die von Schröter gefundene Verschiedenheit enthalten. — Hieran sind noch folgende besondere Bemerkungen zu knüpfen: 1) es ist einerlei, ob der Gegenstand, auf welchen es ursprünglich ankommt, ein Grundstück oder eine bewegliche Sache war. Dagegen scheint fr. 48. §. 1. *Locati* zu sprechen, allein abgesehen von der Lesart der *Vulg.*, welche *non immobilem* herausfallen lässt, und der Schwäche eines hieraus zu schöpfenden *argum. e contrario*, mögte es sich ganz einfach daraus erklären, dass Grundstücke nicht mit genannt, sondern der Eid auf bewegliche Sachen beschränkt worden ist, weil der Verklagte auf Antrag des Klägers allemal aus deren Detention mit Gewalt vertrieben werden kann. S. übrigens fr. 15. §. 7—9. *Quod vi*, wo das *j. i. l.* in Bezug auf Grundbesitz vorkommt. Vergl. Fritz S. 97. 2) Zur Leistung des Eids kommt es nur in Folge vorangegangenen richterlichen Dekrets, s. Anm. [52]. 3) Leisten kann diesen Eid nur der *dominus litis*, kein Vertreter fr. 7. *h. t.*, dies versteht sich nach heutigem Prozessrecht von selbst. Der Vormund kann jedoch, wenn er will, für seine Mündel schwören, fr. 4. pr. *h. t.* und analog auch der Vater wegen Adventitien der Kinder; vergl. Schröter S. 412 f. 4) Gegen Erben kann das *j. i. l.* nur soweit zur Anwendung kommen, als die Voraussetzung des *dolus* u. s. w. für sie selbst zutrifft, während diese Begriffe, in der Person ihres Erblassers entstanden, gegen sie zu dem Ende nicht wirksam sind, s. fr. 4. pr. *de Fidejuss. tut.* c. 1. 2. 4. 5. *h. t.* Ebenso verhält es sich mit Bürgen, vergl. Glück Bd. XII. S. 461.

[37] Fr. 3. 10. *h. t.* fr. 7. pr. *de Administr. tut.* fr. 15. §. 7—10. *Quod vi.*

[38] Fr. 1. pr. *h. t.* unter Hinzunahme der Voraussetzung, dass auch bei vorwaltender *contumacia* es dennoch an Gründen fehlt, mehr als *rei pretium* zu verlangen, z. B. wenn der Gegenstand nichts einbrachte und überhaupt durch Benutzung einen Vortheil zu gewähren nicht geeignet, auch dies gar nicht bezweckt war. Der Vortheil des Eids besteht hier dennoch immer darin, dass er jeden umständlicheren und spezielleren Nachweis der Schadenssumme er-

neben ein weiter reichendes Interesse, so kommt dieses zu jenem hinzu und kann mit ihm in eine Summe gezogen werden. Erlangt er noch die Sache selbst, aber unvollständig oder verschlechtert, so richtet und vermindert sich hiernach die zu beschwörende Summe desselben [39]. Bestand der Gegenstand der Herausgabe selbst in einer Geldsumme, so ist dessen Maas hierdurch schon gegeben und es bedarf keiner Schätzung, ausser soweit darüber hinaus ein Interesse in Anspruch genommen wird [40], ebenso kann nur das letztere, es darf aber auch allein in Anschlag gebracht werden, wenn der Kläger, sei es durch spätere Fügsamkeit des Verklagten, oder dadurch, dass ihm die Sache mit Gewalt abgenommen worden, in deren Besitz gelangt ist [41], oder wenn ein gewisser gestörter Zustand auf irgend eine Weise wiederhergestellt worden [42], oder wenn es, wie bei der Exhibition, immer, nur auf das Interesse ankam [43]. — Der Zweck des Würderungseids ist nun nur der, die Grösse des Schadens darzuthun, nicht, dass man einen solchen überhaupt erlitten habe, indessen kommt dabei folgendes Weitere in Betracht. Nichts zu thun hat er mit dem Grunde der Klage, also dem Rechtsverhältniss zwischen dem Kläger und dem Verklagten; dieses muss auf andere Weise erwiesen werden. Gilt es nun der Herausgabe oder Exhibition einer Sache, oder der Wiederherstellung eines früheren Zustands, so muss die Verpflichtung dazu ebensowohl anderweit bewiesen sein [44], als der Dolus oder der Ungehorsam feststehen, aus welchem deren Erfüllung unterbleibt [45]; der letztere Beweis erledigt sich, wenn diese Motive erst aus dem Gang des Prozesses sich ergeben, dann aber von selbst klar werden, also nicht schon bei Erhebung der Klage der Vergangenheit angehören und den Schadensanspruch selbst mitbegründen [46]. Doch können dieselben freilich auch als nothwendige Schlüsse aus anderweit feststehenden Thatsachen einen besonderen Beweis unnöthig machen [47]. Die Existenz eines erlittenen Schadens selbst braucht hier niemals abgesondert erwiesen zu werden, dieser beruht immer auf einem Schluss, sobald jene Voraussetzungen feststehen [48], und es würde Sache des Beklagten sein, Umstände anzu-

spart, es also auf die wirkliche Ermittelung des wahren Werths für den Gläubiger nicht weiter ankommt, als er um seines Gewissens halber sich dessen zu versichern hat, und für den Richter nur soweit, um etwanige zu hohe Schätzung zurückzuweisen. Doch hat hierzu der Gläubiger nichts durch positive Thätigkeit beizutragen, sondern es bleibt ganz dem Richter anheim gegeben, s. Anm. [51].

[39] Arg. fr. 3. §. 1. *Commodati.*

[40] Fr. 3. *h. t.*

[41] Fr. 68. *de R. V.* Denn zum vollständigen *restituere* gehört *omnis caussa*, fr. 20. 35. §. 1. *eod.* vergl. dazu Schröter S. 394 f.

[42] Fr. 15. §. 7—10. *Quod vi.* Das Interesse kann hier in dem in der Zwischenzeit erwachsenen Schaden bestehen, in Kosten der selbst unternommenen Wiederherstellung u. s. w.

[43] Fr. 10. *h. t.*

[44] S. z. B. fr. 2. §. 1. *h. t.* fr. 3. 8. *eod.* und c. 4. *de Hered. tut.* fr. 8. §. 1. *Rer. amotar.*, worin resp. das Eigenthum, die Thatsache der Deposition, des Empfangs einer Sache von Seiten des Vormunds und die Amotion als feststehend, also eventualiter auf andere Weise bewiesen vorausgesetzt werden. Uebrigens versteht sich diese Nothwendigkeit von selbst, da sie eine Voraussetzung der Zulassung zum Eid betrifft.

[45] Hiervon gelten gleiche, wie in der vor. Anm. enthaltene Gründe, s. z. B. fr. 1. 2. §. 1. fr. 5. §. 3. *h. t.*

[46] Dies wird namentlich dann zutreffen, wenn es im heut. Prozess, wie häufig, erst in der Exekutionsinstanz zur Leistung des Eids kommt.

[47] S. z. B. fr. 7. pr. *de Administr. tut.*, wonach denn auch natürlich der Gegenbeweis zulässig ist.

[48] Dass dies so sei, scheint Schröter S. 408. stillschweigend zu leugnen oder zu übersehen, wenn er für die vor Anm. [44] namhaft gemachten Fälle im Gegensatz zu dem (nachher folgenden) Anspruch und der eidlichen Würderung des übrigen Interesses den Beweis des Daseins eines Schadens verlangt, und für das letztere blos den der schädlichen Handlung erfordert. Es ist hier kein Unterschied vorhan-

führen und seinerseits zu beweisen, weshalb der Kläger der erwiesenen Voraussetzungen ungeachtet keinen Schaden erlitten habe, und wenn das gelänge, würde es freilich zur Leistung des Eids nicht kommen. Indessen ist nicht zu übersehen, dass der Würderungseid, da er die Grösse des Schadens feststellt, nothwendig und unzertrennlich auch das Dasein eines solchen in sich fasst und also erhärtet. Der Strafcharakter desselben tritt mithin namentlich auch darin hervor, dass der Berechtigte somit die Existenz seines Schadens zugleich auch noch durch eigene eidliche Versicherung darthut. Dieses zeigt sich dann noch entschiedener, wenn ausser einem Sachwerth ein weiterreichendes Interesse, oder wenn ein solches allein in Anspruch genommen wird, der Kläger hat dann nicht nöthig, die einzelnen thatsächlichen Momente, worauf dieses beruht, durch andere Mittel zu beweisen; anführen muss er sie freilich, um überhaupt einen solchen Anspruch formiren zu können, und um die nachher zu erwähnende richterliche Feststellung der geforderten zu beschwörenden Summe dadurch zu bedingen und zu erlangen, aber ihre rechtliche Gewissheit wird durch den Eid über die Summe selbst dargethan[49]. — Nur

den; in Bezug auf das übrige Interesse müssen dieselben Voraussetzungen feststehen und anderweit bewiesen sein, wie für die *aestim. rei* selbst, aber es genügt auch daran. Ebenso trifft dasselbe, was nachher im Text über den nothwendigen Inhalt des Eids rücksichtlich der Existenz des Schadens gesagt ist, für beide Fälle zu. Nur darin ist zwischen beiden ein Unterschied, dass die Forderung eines besonderen Interesse natürlich noch besondere faktische Voraussetzungen erfordert, indem die allgemeinen Voraussetzungen einen Schluss darauf nicht begründen, also diejenigen, welche bei dem Beweis desselben auf regelmässige Weise (im Text unter a) ebenfalls eines besonderen Beweises bedürfen würden, den aber hier der Eid erledigt, resp. ersetzt; s. noch Anm. 49. Dieser Unterschied greift aber gar nicht in das Wesen des Eids für den ersten Fall, den seiner Richtung auf eine *aestimatio rei* ein, soweit nämlich kommen solche Voraussetzungen gar nicht vor. Nur wenn dergleichen auch hier vorlägen, und sie nicht wie dort durch den Eid schon selbst, sondern durch andere Mittel erst besonders bewiesen werden müssten, könnte man von einer wirklichen und wesentlichen Verschiedenheit sprechen.

49 S. fr. 3. 10. *h. t.* nach der zweiten Stelle muss doch irgend ein Grund vorliegen, aus welchem ein Interesse überhaupt und zwar von einem bestimmten Betrag gefordert wird; die Angabe darüber gehört zum Inhalt der Klage, und in Ermangelung derselben würde letztere an einem Fehler, dem der Allgemeinheit leiden; dagegen wird die Richtigkeit derselben durch den Eid miterbracht, indem dies durch das *in litem jurare quanti sua interest* nothwendig von selbst geschieht. Noch klarer und ganz unzweifelhaft ergiebt dies die erste Stelle. Der Grund eines Interesses wird hier in die beispielsweise angenommene Verpflichtung des Gläubigers zur Zahlung der Geldsumme (an seinen Gläubiger), welche er deponirt und zur rechten Zeit nicht zurückerhalten hat, unter Gelobung einer Geldstrafe oder zur Einlösung eines Pfands gesetzt, so dass durch die Verweigerung der Herausgabe des Gelds an ihn nun ein Schaden entstanden war, den die verspätete Herausgabe des Depositi allein nicht wieder gutmachte. Diese Nebenumstände begründen und bedingen also die Forderung eines Interesses überhaupt, wie seinen Betrag. Dass der Gläubiger ihrer im Prozess wider den Depositar gar nicht gedacht, sondern sie still für sich behalten und nur die Aestimation des Interesses in seinem Inneren danach getroffen haben solle, lässt sich natürlich nicht annehmen, denn sonst würde gar nicht davon die Rede sein können. Sie sind offenbar vielmehr zu diesem Zweck von ihm geltend gemacht worden. Allein eines besonderen Beweises derselben durch andere Mittel bedarf es nicht; denn wie hätte es sonst, wenn z. B. die Summe der Konventionalstrafe bewiesen worden wäre, überhaupt noch zu einem *jur. i. l.* kommen sollen? Es sind mithin in der Beeidigung der geforderten Summe mittelbar die faktischen Grundlagen derselben als mitbeschworen zu betrachten; denn die Grösse dieser hängt nothwendig hiervon ab. Aehnliche Fälle sind enthalten in fr. 7. *de Administr. tut.*, in fr. 7. *Si serv. vind.* und fr. 15. §. 7 sqq. *Quod vi*; in der letzten Stelle ist namentlich z. B. der Beweis der in das Interesse begriffenen, verloren gegangenen

in einem Fall reicht die Wirksamkeit des Eids noch weiter, so dass die Existenz eines Schadens selbst dadurch schon allein dargethan wird; wenn nämlich Jemandem Gewalt angethan worden, so folgt daraus, — soweit es nicht, wie bei der Entsetzung aus Grundbesitz, augenscheinlich ist, für welchen Fall es daher auch ganz bei den vorherigen Regeln bleibt, also auch rücksichtlich des gelegentlich einer solchen erlittenen angeblichen anderweiten Schadens, — keineswegs nothwendig, noch kann die Vermuthung gegründet genannt werden, dass jener dadurch wirklich einen Schaden an seinem Vermögen erlitten habe, sondern es würde eines gewöhnlichen Beweises der weiteren thatsächlichen Behauptungen darüber bedürfen. Dieser aber wird hier dadurch ersetzt, dass, sobald die Gewaltthätigkeit anderweit bewiesen ist, der Beschädigte die letzteren selbst mit der Summe beschwören darf, welche der Richter nach seinen Angaben darüber festgesetzt hat; jedoch ist diese Befugniss auf den Fall beschränkt, dass der Verlust durch andere Beweismittel nicht dargethan werden kann[50].

Servituten nicht abgesondert und durch andere Mittel zu erbringen, sondern sie kommen im Würderungseid als Grundlage der geforderten Summe vor. Ebenso ist es in c. 9. *de Vi* mit den *reb. mobil. abreptis vel invasis.* (S. a. E. der folg. Anm.). — In den Fällen, wo der erweiterte Würderungseid zulässig ist, (bei Anm.[36] im Text,) ist es mit dem Beweis der Existenz eines Schadens ebenso, d. h. ausser dem Klagegrund muss auch die besondere Voraussetzung der Verschuldung des Verklagten anderweit feststehen; dass aber wirklich ein Schaden entstanden sei, wird, soweit dies nicht schon durch Schluss als Folge einleuchtet, ebenfalls durch den Eid über dessen Grösse mit dargethan.

[50] So ist die c. 9. *de Vi* von Kaiser Zeno in Verbindung mit c. 7. X. *de His quae vi* nach m. E. zu verstehen. Ueber die verschiedenen Ansichten vergl. Glück Bd. XII. S. 473 ff. und Fritz S. 103. Unter diesen stehen einander folgende beide als praktisch verschiedene gegenüber. Nach der einen, bisher ziemlich allgemein gangbaren, (s. namentlich die Pandektenlehrbücher ausser Wening und Puchta, u. die Prozesslehrbücher ausser Bayer Vortr. S. 547.) wird daraus eine besondere Art oder höhere Potenz des *jur. i. l.* gefolgert und dieses *jur. Zenonianum* genannt, indem man annahm, dass es, für den Fall erlittener Gewaltthätigkeit, auch das Dasein eines Schadens selbst zu beschwören gestattet sei, während dieses beim gewöhnlichen *jur. i. l.* für sich und durch andere Mittel bewiesen werden müsse. Nach der anderen soll die Stelle nichts weiter als eine Anwendung der bisher dargelegten allgemeinen Regel auf den Fall enthalten, wenn bei der gewaltsamen Entsetzung aus dem Besitz eines Grundstücks zugleich angeblich bewegliche Sachen abhanden gekommen sind, oder sonstiger Schaden entstanden ist; vergl. bes. Schröter S. 409 ff. Vangerow a. a. O. S. 202. Puchta §. 226. t). So weit, fügt der erstere dieser Schriftsteller hinzu, sei nun auch gar nichts Neues in c. 9. *d.* verordnet worden, indem dies schon nach fr. 68. *de R. V.* coll. fr. 1. §. 32—34. 40. fr. 3. §. 15. fr. 14. 19. *de Vi* gegolten habe, dagegen enthalte die hinzugefügte Beschränkung etwas Neues, nämlich, dass es in diesem Fall immer nur *in subsidium*, beim Mangel anderer Beweismittel, zum Eid kommen sollte, und immer nur nach vorheriger *taxatio judicis*. Auf c. 7. *d.* wird dabei keine Rücksicht genommen. Mit diesen Beschränkungen hat es nun zwar seine volle Richtigkeit und sie werden auch von der ersten Ansicht behauptet, weshalb Schmidt's (Handb. d. Proz. Bd. II. S. 403.) Meinung, dass sie wirklich nicht aufgestellt seien, sondern sich die bezüglichen Worte anders verstehen lassen, offenbar diesen selbst, ihrer Fassung wie ihrem Sinn zuwiderläuft; allein im Uebrigen kann ich die Auffassung des ganzen Sachverhältnisses, wonach in der Stelle nur die obgedachte Anwendung der Regel erkannt, und weil diese in Anwendung auf den gedachten Fall ausgeübter Gewalt über die Gebühr erweitert worden sein möge, wieder eingeschränkt worden sei, nicht theilen. Abgesehen von der hohen Unwahrscheinlichkeit der motivirenden Annahme, und davon, dass es offenbar auffallen muss, bei einem durch Gewalt angerichteten Schaden unter übrigens gleichen Umständen den Gebrauch des Eids beschränkt zu sehen, bei *dolus* und *contum.*, die an sich eine unstreitig minder strafbare Thätigkeit enthalten, aber nicht, — bemerke ich zuvörderst, dass die c. 9. *d.* nicht von der

Bei der Angabe der Summe, welche der Gläubiger beschwören will, ist er in sofern unbeschränkt, als er an keine bestimmte Summe gebunden ist, namentlich nicht an den absoluten Werth der Gegenstände, in Ansehung deren der Schaden

Dejektion aus einem Grundstück handelt, sondern einfach von der Jemandem angethanen *vis*, sie spricht nicht vom *Interd. Unde vi*, sondern von *res vi abreptae* u. s. w. Für die entgegengesetzte Annahme lässt sich nur die Stellung derselben unter dem Titel *Unde vi* anführen, allein dieser Grund reicht nicht aus, s. Fritz S. 104. und die zum Theil wörtliche Aufnahme und Berücksichtigung der Stelle im kanon. R. muss gegen ihre allgemeine Beziehung auf Gewalt jedes Bedenken entfernen. Dies vorausgeschickt, bleibt nun der Hauptsatz der zweiten Ansicht, aber ohne die Beschränkung der c. 9. *d.*, als ein solcher und an sich als richtig stehen, wie ihn das Pandektenrecht in den cit. Stellen ergiebt, d. h. mit a. W., ich bin ganz damit einverstanden, dass, wenn Jemand aus einem Grundbesitz gewaltsam vertrieben worden, das Interesse sich auch auf die bei dieser Gelegenheit angeblich abhanden gekommenen Sachen in gleicher Weise ausdehnt, und dass deren Vorhandengewesensein, also der Verlust selbst, ebensowohl zum Inbegriff des Würderungseids gehört, und nicht besonders bewiesen zu werden braucht, wie die thatsächlichen Voraussetzungen anderweiten Schadens und Interesses neben dem eigentlichen Ersatz des wahren Werths von Sachen, s. vor. Anm. Ueber diesen Satz enthält nun aber nach der diesseitigen Auslegung die c. 9. nichts Neues, dieselbe erwähnt ihn vielmehr gar nicht, sondern einen wesentlich verschiedenen. Nach dem bis dahin geltenden Recht konnte nämlich derjenige, welcher behauptete, dass ihm persönlich irgend eine Gewalt angethan worden sei, in Folge deren er einen Schaden irgend einer Art, namentlich dadurch gehabt habe, dass ihm bewegliche Sachen dabei abgenommen worden, nicht verlangen, zum Würderungseid dergestalt gelassen zu werden, dass er die Existenz und den Verlust dieser Sachen und die thatsächlichen sonstigen Voraussetzungen seiner Schadensforderung mit deren Grösse zugleich beschwören dürfe. Fälle dieser Art passten gar nicht unter die Voraussetzungen zum *jur. i. l.* Auch leuchtet folgender Unterschied wohl von selbst ein. Während noch in dem Beispielsfall der Dejektion aus einem Grundstück die Vermögensverletzung augenscheinlich ist, und der Würderungseid des Interesses seiner allgemeinen Natur nach, sobald die gewaltsame Besitzentsetzung bewiesen ist, bei fortgesetzter Weigerung vollständiger Restitution (*cum omni caussa*), die Grösse des Schadens zugleich mit seinen besonderen faktischen Voraussetzungen darthut, ist es in unserem Fall umgekehrt; die ausgeübte Gewaltthätigkeit anderer Art gegen eine Person lässt den Eintritt eines Vermögensschadens durch Verlust an Sachen u. s. w. durchaus nicht als eine nothwendige Folge erscheinen, denn sie ist nicht gegen ein Vermögensrecht gerichtet; ja, es ist nicht einmal eine Veranlassung zu einer gegründeten Vermuthung darüber vorhanden. Es konnte also von einem Interesse daraus allein nicht die Rede sein und mithin auch über ein solches zum *jur. i. l.* nicht kommen, sobald nicht die faktische Grundlage, also z. B. die Angabe der gelegentlich der erlittenen Gewalt verlorenen Sachen, welche der Thäter nicht herausgeben wollte, anderweit feststand. Hierin ging nun die c. 9. *d.* einen Schritt weiter, indem sie den Eid auch auf die faktische Grundlage ausdehnte; wenn sie aber diese Ausdehnung an Bedingungen knüpfte, so lässt sich das sehr wohl daraus erklären, dass es dem Kaiser doch bedenklich scheinen mochte, die juristische Vergewisserung streitiger Behauptungen über Thatsachen ganz und gar, und wider die Regel von der Delation des Eids, dem Gewissen dessen anheimzugeben, der sie aufstellte. Es ist mithin zwar eine Verwandtschaft mit dem vorher im Text und in der vor. Anm. enthaltenen Fall vorhanden, dass der Kläger die faktischen Voraussetzungen seines übrigen Interesses neben der eigentlichen *aestimatio* auch nur durch den Eid mitbeweise, und dieser ist für einen solchen Fall nicht mit ähnlichen Beschränkungen umgeben, wie der besprochene, allein es wird der vorgedachte Unterschied entscheidend, dass in allen diesen Fällen die Existenz eines Schadens überhaupt gar nicht mehr ungewiss ist, sobald die Voraussetzungen des Eids feststehen, weil dann daran kein Zweifel mehr ist, dass eine widerrechtliche Handlung in Bezug auf ein Vermögensrecht geschehen sei, in dem unsrigen aber ist diese nur gegen die Person gerichtet, und über ihre Rückwirkung auf deren Vermögen steht noch gar nichts fest. Sonach enthält die c. 9. eine ganz neue Anwendung des

eingetreten, und an den objektiven Maasstab desselben überhaupt, er kann vielmehr den Betrag seines Interesses lediglich nach seiner subjektiven Ueberzeugung schätzen, und natürlich einschliesslich seiner besonderen Vermögensinteressen. Ja, da von den Beweggründen der Ueberzeugung weiter keine Rechenschaft abgelegt zu werden braucht, dieselben vielmehr dem Gewissen allein anheimgegeben sind, so ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, dass einer Selbstwürderung auch ein sog. Affektionsinteresse mit zu Grunde liegt[51]. Dagegen aber ist es Pflicht des

jur. i. l., keine Beschränkung einer bisherigen. Die kanonische Gesetzstelle spricht sich auch rücksichtlich der anderweit zu beweisenden und der zu beeidigenden Punkte ganz klar und unzweideutig aus; dadurch, dass sie der subsidiären Eigenschaft des Eids nicht ausdrücklich gedenkt, kann übrigens diese nicht als aufgehoben betrachtet werden. Das Interesse selbst ist hier keineswegs auf den Sachwerth beschränkt, vergl. Glück a. a. O. S. 480., nur, wie erwähnt, allemal vor dem Schwur durch den Richter festzustellen.

[51] Folgende Stellen ergeben, dass der Kläger für seine Person an keinen objektiven Maasstab zur Schätzung des Schadens gebunden sei: fr. 1. (*ultra rei pret.*) 4. §. 2. (*in infinitum*, — kommt oft vor,) fr. 8. (*arbitrio domini*) 10. (*quanti sua interest*) *h. t.* fr. 68. *de R. V.* Dass nun dies nicht absolut zu verstehen sei, so dass es hier eine Grenze gar nicht gebe, folgt schon aus der nachher im Text erwähnten *taxatio judicis*, s. Anm. [52]. (Vielleicht haben auch diese Ausdrücke noch Bezug auf die früher nicht, oder nicht so allgemein angeordnete *taxatio judicis*; vergl. Schröter S. 405.) Sie ist aber nicht die einzige, sondern, da nach fr. *ult. h. t.* auch die Möglichkeit eines Meineids hier nicht ausgeschlossen ist, (vergl. Schröter S. 413.), so muss überhaupt angenommen werden, wie die Natur eines Eids es ohnehin mit sich bringt, dass diese Gelegenheit nicht gemisbraucht werden darf, einen unerlaubten Gewinn durch übertriebenen Schadensanschlag zu machen (*ne arrepta occasione in immensum juretur*, fr. 4. §. 2. *d.*), sondern die Angabe desselben mit der Wahrheit möglichst übereinstimmen soll. Die obgedachte Vorschrift ist also mehr negativ als positiv aufzufassen. Nun ist anerkannt (fr. 11. *de Stipul. praet.*) der Beweis des Interesses mit scharfer objektiver Begrenzung einer der schwierigsten, den es geben kann; da nun diese, wo das *jur. i. l.* geleistet werden soll, nicht gegeben ist, so ist damit nothwendig der Kläger an seine subjektive Ansicht und Ueberzeugung von der Grösse seines Schadens gewiesen. Diese Nothwendigkeit hat wahrscheinlich zu der besonders früher allgemein (doch auch sogar noch bei Göschen Vorles. Bd. II. 2. S. 397.!) gangbaren Doktrin Veranlassung gegeben, (s. Glück a. a. O. S. 400. 421 ff. 461 ff. Fritz S. 99 ff.), dass der Kläger regelmässig auch seine Affektionen (vergl. Anm. [22]) mitbeschwören dürfe, und nur ausnahmsweise den wirklichen Werth beschwören müsse, nämlich bei *str. jur. a.*, bei *culpa levis* u. s. w. Daher hat man denn ein *jur. affectionis* und *veritatis* hier noch einander gegenübergestellt. Diese Meinung ist durchaus falsch und fusst zum Theil auf unrichtigen Ansichten über die ganze Natur und die Erfordernisse des Eids; vergl. Schröter S. 395 ff. u. W. Sell Jahrb. Bd. I. S. 234 ff. und die dort Anm.[3] Gen. Zwar hat sich neuerlich Fritz a. a. O. der in der Praxis häufig angenommenen Meinung wieder angeschlossen. Er erkennt jedoch die Schwäche der gewöhnlich dafür vorgebrachten Gründe an, und beschränkt in der That dieselbe auf solche Fälle, „wo man einen Gegenstand, zu dem man eine besondere Vorliebe gewonnen, was meist nur von Gewohnheit, oder individuellem Geschmack herrühre, nicht um den gemeinen, wohl aber um einen höheren Preis verkaufen würde, m. a. W. darin, dass er uns mehr werth sei, als anderen Leuten. Hier sei es gewiss nicht unvernünftig, wenn das Gesetz wolle, dass der, wer mich muthwillig um die Sache bringe, mir jenen Preis ersetze.“ Allein, um dies zugeben zu können, müsste sich schon Jemand gefunden haben, der diesen Preis bezahlen wollte, sonst wird in der That kein Vermögenswerth vergütet, sondern eine Idee des Beschädigten. So lange nun kein ausdrückliches Gesetz einen solchen Maasstab anerkennt, kann man ihn auch nicht *a priori* demonstriren wollen, denn er verstösst gegen die allgemeine Regel von der Möglichkeit der Vermögensrechte. Wo sollte denn hier eine Grenze zu setzen sein? Fritz schlägt vor, der Richter werde dafür sorgen, dass nicht übertriebene Härten hervortreten; allein welchen Maasstab hat der, um eines Anderen wahre Affektion zu messen und zu Geld zu veranschlagen, ohne

Richters, die Summe nach seinem Ermessen der Umstände zu kontroliren, und zu dem Ende kann er sowohl vor der Leistung des Eids eine Summe festsetzen, über welche hinaus nicht geschworen werden darf, als auch nachher dieselbe herabsetzen, und den Verklagten in eine geringere von ihm selbst nach allgemeinen Grundsätzen gerechtfertigte verurtheilen [52]. Namentlich findet auch hier im Allgemeinen die Be-

seine individuelle Ansicht an die Stelle derjenigen zu setzen, von der hier dem Begriff nach Alles abhängt? Von Schröter andererseits bleibt es ungewiss, ob er (S. 401.) das besondere Interesse, also namentlich einschliesslich des mittelbaren Schadens zulässt, indem er zwischen diesem und den eigentlichen Affektionen nicht unterscheidet, sondern ausschliesslich auf den objektiven Geldwerth der Sache und des Interesses nach subjektiver Ueberzeugung, d. i. Sachkenntniss, hinweist, wonach also das individuelle Vermögensinteresse als ausgeschlossen erscheint. Nach m. E. verhält sich die Sache so. Auf die Ueberzeugung des Schwörenden von dem Werth seiner Sache können natürlich seinem Geschmack und seiner Vorliebe angehörige Motive Einfluss äussern, welche einen höheren als den objektiven Werth herstellen; darauf beziehen sich die zur Unterstützung der unrichtigen Theorie zum Theil benutzten Stellen, wie: fr. 5. §. 1. *Ne quis eum*, fr. 1. 8. *h. t.* c. 2. *h. t.*, und damit steht dann auch der wiederkehrende Satz, dass der Kläger *in infinitum* schwören könne, nach seiner richtigen Auffassung (s. z. A.) in Einklang. Allerdings dürfen die Motive als solche nicht hervortreten, und soweit würden sie zurückgewiesen werden müssen. Ihr Einfluss auf die Bestimmung des besonderen Interesses wird aber oft unmerklich und vielleicht dem Schwörenden selbst unbewusst sein. Dass aber dieses wirklich gefordert werden dürfe, folgt aus der hierauf bezüglichen Ausdrucksweise der z. A. cit. Stellen, und dem Umfang der darin aufgestellten hier eintretenden Begriffe.

[52] Nach R. R. scheint, wie bei anderen Eiden, so auch bei diesem die richterliche Befugniss rücksichtlich der Zulassung dazu weiter gereicht zu haben, (s. z. B. fr. 4. §. 2. fr. 5. §. 1. *h. t.*) als jetzt angenommen werden darf; indessen lässt sich kaum denken, dass dem Richter absolute Willkühr eingeräumt gewesen sein soll, wie zwar Hagemann Erört. Bd. V. S. 38*) sogar noch als praktisch annimmt; s. auch Schröter S. 404. Fritz S. 98. Es muss vielmehr jetzt, wenn die Voraussetzungen feststehen, unter welchen der Eid zuerkannt werden darf, auch ein Recht des Klägers darauf als vollkommen gegründet angesehen werden, so dass es selbst in höheren Instanzen, wie jedes andere, verfolgt werden kann. Vergl. Schmidt Handb. des Proz. Bd. II. S. 390. und die dort Gen. Allgemeine Gründe zur Versagung prozessualischer Eide äussern natürlich auch hier ihre Wirksamkeit, z. B. wenn es schon klar ist, dass der Eid unnöthig oder nicht möglich sei; das erkennt auch fr. 3. *h. t.* und fr. 15. §. 9. *Quod vi* im Allgemeinen an. Dagegen ist der Richter immer berufen, über die Grösse der zu beschwörenden Summe zu wachen, fr. 4. §. 2. fr. 5. §. 2. *h. t.* fr. 18. pr. *de Dolo* vergl. mit fr. 3. 5. §. 4. und fr. ult. *h. t.* vergl. Fritz S. 98. Dass er sich darüber direkt ausspreche, ist nicht nöthig, indem sein Schweigen über die Taxation als Gutheissung der vom Kläger geforderten Summe angesehen werden muss. Andererseits aber kann ohne Zweifel der Verklagte, da die Anordnung der *taxatio* in seinem Interesse geschehen ist, sowohl gegen eine ausdrückliche, wie gegen eine stillschweigende Erklärung der Art Rechtsmittel einlegen; nicht minder aber der Kläger sich über eine zu starke Herabsetzung beschweren, wonach es denn zu wirklichen Beweisen der gegenseitig behaupteten Thatsachen kommen kann, wenn der Oberrichter ohne solche nicht sicher taxiren zu können glaubt. Es kann auch keinem Zweifel unterliegen, dass der Richter zu seiner eigenen Instruktion, also um taxiren zu können, eine Beweisaufnahme, namentlich durch Sachverständige veranlassen kann. Nur kommt es hierbei nie auf vollen Beweis an, s. darüber folg. Anm. a. E. (Ueber das Geschichtliche und die Ausbildung der früher wahrscheinlich noch nicht bestehenden richterlichen *taxatio* s. Schröter S. 405 ff.) Hieraus beantwortet sich zugleich die Frage von der Verpflichtung des Richters zur *taxatio*. In deren Ausübung ist er aber in sofern unbeschränkt, als er sowohl vor, als nach der Leistung des Eids taxiren kann, s. a) fr. 5. §. 2. fr. 5. §. 1. b) fr. 4. §. 3. fr. 5. §. 2. *h. t.* — Die Frage, ob der Richter ohne Antrag darauf, wie auf einen Notheid erkennen dürfe, gehört in den Prozess; vergl. Schmidt a. a. O. Sie ist zu verneinen. Vergl. Anm. [35].

stimmung Anwendung, dass das Interesse nicht das Doppelte des wirklichen Schadens übersteigen solle, soweit ein solcher erkennbar und jene also möglich ist[53]. Der Richter ist auch selbst nicht behindert, der Eidesleistung ungeachtet, den Verklagten von allem Schadensersatz freizusprechen, sobald er sich noch nachher von rechtlichen Gründen dazu überzeugt[54].

[53] Die verschiedenen Meinungen über die Anwendbarkeit der c. un. *de Sent. quae pro eo* auf obigen Fall s. bei Glück a. a. O. S. 462 ff. und Sell a. a. O. S. 223 ff. Als Hauptgrund dafür lässt sich die allgemeine Tendenz der c. un. *d.* anführen, welche sich auch in vielen anderen Stellen ausgesprochen findet. Dagegen ist darauf verwiesen worden, dass dieselbe nur auf die *aestimatio jud.* berechnet sei, und dann besonders, dass, da die c. un. *d.* für die *casus incerti* Ermittelung des wahren Schadens wolle, implicite für sie das *j. i. l.* oder doch sein Vortheil für den Kläger aufgehoben sein würde, eine so wichtige Neuerung, dass sie nicht auf diese Weise getroffen worden sein könne; s. Fritz S. 104 f. Dawider erinnert Sell S. 232., welcher sich im Ganzen für die erstere Meinung entscheidet, daran, dass ja auch hier der Richter, dem bei *j. i. l.* die Taxation obliege, nicht so beengt gewesen sei, dass er nicht auf den *dolose* beschädigten billige Rücksicht habe nehmen dürfen; es sei also in c. un. *d.* hiernach nichts Neues, von der Natur des Eids Abweichendes, verordnet, sondern nur das darüber Geltende von Neuem eingeschärft und der *taxatio* eine gesetzliche Grundlage gegeben. Ich halte die allgemeine Tendenz dieser Konst. allerdings auch für entscheidend, bemerke jedoch über deren Anwendbarkeit auf die Fälle des *j. i. l.* Folgendes. Nothwendiges Erforderniss dazu ist, dass das *simplum* feststehe (vgl. Anm. [32]); trifft dies in Fällen, wo das *j. i. l.* zur Anwendung kommen soll, zu, so ist es gewiss dem Princip der Konst. gemäss, dass der Richter nicht *supra duplum* den Eid zulassen solle. Häufiger aber wird das nicht zutreffen und dies eben der Grund sein, dass es überhaupt zum *j. i. l.* kommt (vgl. Anm. [36] z. A.). Dass für diesen Fall der Richter nothwendig und immer erst eine Ermittelung des *simplum* zu veranlassen habe, um das *maximum* zu taxiren, würde nun zwar ganz dem Zweck des *j. i. l.* widerstreiten, er soll nur nach seiner ohngefähren Schätzung das erstere veranschlagen, wozu er *ex officio* zu seiner Instruktion freilich auch Kunde einziehen kann, s. vor. Anm., dagegen steht nicht das Mindeste der Annahme im Weg, dass er mit jener Berücksichtigung demgemäss nun die ganze zu beschwörende Summe taxire und feststelle. Die Beobachtung der Vorschrift der c. un. *d.* für diese Fälle besteht also im Allgemeinen in der Pflicht des Richters, sein Ermessen dadurch mitbestimmen und begrenzen zu lassen, soweit sich die Voraussetzungen übersehen lassen, und somit ist dieselbe auch überhaupt anwendbar, wenn schon es nicht immer strenge auf die numerische Bestimmtheit, wie in den Fällen des gewöhnlichen Beweises der Grösse des Schadens und Interesses ankommt. Doch kann allerdings eine bestimmtere Grundlage unter Umständen gewonnen werden, nämlich wenn die Partheien mit der taxirten Summe nicht einverstanden sind, und also gegen die desfallsigen richterlichen Dekrete Rechtsmittel einlegen. (Vergl. vor. Anm.). Die Beschwerden müssen nämlich dann nothwendig auf Thatsachen beruhen, und dass über diese Beweis und Gegenbeweis erforderlich und statthaft seien, lässt sich natürlich nicht bezweifeln. Nur wird für solche Fälle nicht gerade voller Beweis (des *simplum*) erforderlich sein, um eine Aenderung herbeizuführen, denn man darf nie vergessen, dass es nicht darauf ankommt, objektive juristische Gewissheit herzustellen, sondern nur, dem Richter einen (anderen) Maasstab und einen Anhalt darzubieten, wonach er selbst seine Ansicht über die Summe modifizire. Vergl. vor. Anm.

[54] Fr. 4. §. 3. fr. 5. §. 2. *h. t.* Dass diese Stellen in irgend einer Weise Widersprechendes in sofern enthalten, als die erste besondere Gründe erfordere, z. B. neu aufgefundene Beweismittel, die zweite aber das Ermessen des Richters davon entbinde, (wie Schröter S. 407. will,) kann ich nicht finden; die zweite ist sehr wohl davon zu verstehen, dass dem Richter überhaupt diese Befugniss zustehe, aber natürlich unter Voraussetzung von Gründen.

§. 87.

C. *Von den Zinsen.*

I. Zinsen sind Leistungen vertretbarer Sachen als Vergütung für die Benutzung einer Quantität gleicher Sachen, der Hauptschuld, welche mit dieser der Summe und der Zeit nach in einem gewissen Verhältniss stehen [1]. Die Hauptschuld, das Kapital, ist also die nothwendige Voraussetzung für diesen Begriff, nur mit ihr kann die Verbindlichkeit zu Zinsen entstehen, und mit ihr muss sie erlöschen [2]. Daher ist die Obligation zu Zinsen stets eine accessorische [3], mag sie in der Hauptobligation selbst enthalten sein, so dass sie unabhängig und getrennt von dieser nicht existirt und also nicht geltend gemacht werden kann, d. h. keine besondere Klage dazu besteht, oder selbstständig eine besondere Obligation dazu begründet sein [4], —

[1] *Varro de Lingua lat.* I. 4. in f. — *quae cum accederet ad sortem, ex usu usura dicta* —, eben darauf beziehen sich fr. 17. §. 3. *de Usur.* (künftig *h. t.* citirt) fr. 60. pr. *Pro socio*, fr. 13. §. 20. *de A. E.* Die übrigen Bestandtheile der Definition folgen aus der Natur und dem Wesen der Zinsen, wie es nachher erörtert wird. Das kanon. Recht hat zwar die Zinsen verboten, nicht jedoch den Renten- und Gültenkauf, welcher im Mittelalter die Zinsen zu vertreten pflegte, s. bes. Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 314. d)–g), allein das R. R. hat vor demselben in Deutschland den Vorzug erhalten, und ist sogar durch die Reichsgesetzgebung auch indirekt und direkt anerkannt worden. Ein weiterer Beweis ist gar nicht nöthig. Dagegen hat es allerdings manche Modifikationen erfahren, vorzüglich im Zinsfuss, s. bes. Anm. [46]. Vergl. Glück Komm. Bd. XXI. S. 1—8. über die röm. Ausdrücke und Begriffe, und S. 11 ff. über die Rechtmässigkeit, ingleichen Fritz S. 46 ff. über das Rechtsgeschichtliche der Reichsgesetze und Gewohnheiten.

[2] 1) *Varro l. l.* fr. 24. *de Praescr. verb.* fr. 16. §. 6. *de Pignor.* fr. 58. §. 2. 6. *ad Sct. Trebell.* 2) fr. 7. *h. t.* fr. 18. *de Novat.* c. 6. 19. 26. pr. *de Usur.*

[3] S. vor. Anm., daher *usurar. additamentum* und *accessio*, fr. 70. §. 1. *de Legat.* II. c. 23. *h. t.* c. 3. *ad Sct. Maced.* c. 24. *de Periculo tut.* Daher stehen auch Zinsen stets in Ansehung der Befriedigung in einem Rang mit der Hauptschuld, s. fr. 18. 20. *Qui potior.* fr. 52. §. 10. *Pro socio.* — Buchholtz in d. Rec. dieses Werks, Leipziger krit. Jahrb. von 1848 S. 293. versteht *additam.* hier mit Dirksen nur für *augmentum*, die Eigenschaft als Nebensachen bezeichne es nicht. Allein auch bei dieser Bedeutung scheint mir die letztere nicht ausgeschlossen, sondern indizirt.

[4] Vergl. nachher unter II. bes. bei Anm. [13]. — In Zusammenhang mit der Voraussetzung steht die durch fr. 6. *h. t.* veranlasste doppelte Streitfrage, nämlich, welche Wirkung einer längere Zeit fortgesetzten Zinszahlung beizulegen sei, wenn diese Verpflichtung oder gar eine Hauptschuld selbst in Abrede gestellt wird? 1) Manche, z. B. *Leyser Med. ad Pand.* sp. 243. m. 7. 8., wollen aus zehnjähriger Zinszahlung, also durch Acquisitivverjährung, eine Forderung auf das entsprechende Kapital, Andere (s. die bei Glück S. 50. [73], [74] Gen.) die Zinsobligation selbst (also bei vorausgesetzter Hauptschuld,) entstehen lassen. Da aber Obl. auf diese Weise überhaupt nicht entstehen können, so ist auch die Anwendung dieses Begriffs hier völlig unstatthaft, s. Müller civilr. Abh. S. 238 ff. Fritz S. 27. Puchta §. 227. d) Herrm. Keller in Sell's Jahrb. Bd. III. S. 182. 184 ff. und schon Glück a. a. O. S. 52 ff. und 74. 2) Gesterding Irrth. Nr. I. findet hier unter besonderen Umständen, wenn nämlich diese auf die Absicht schliessen lassen, wenigstens für die Existenz und Konstituirung der Haupschuld, eine Anwendung der Grundsätze vom stillschweigenden Vertrag, während er das Recht, Zinsen zu fordern, durch „eine Art von Verjährung" für möglich hält. Gegen den letzten Satz spricht das vorher Bemerkte; gegen die Anwendung des ersten, an sich richtigen, zur Erklärung der Stelle s. Fritz a. a. O. S. 33., der aber für das praktische Recht dieses Resultat als das hervorragendste anführt. 3) Dagegen nimmt Müller a. a. O. an: wie die Gewohnheit durch eine längere Zeit hindurch fortgesetzte gleichförmige Handlungsweise sich bilde, ebenso liege dieser Obligationsgrund in einer längere Zeit über absichtlich fortgesetzten Zinsenzahlung zu deren ferneren Entrichtung; die Länge der Zeit hänge vom

und deshalb werden Zinsen auch zu den Früchten im weiteren Sinn gerechnet (s. Bd. I. S. 429.). Zinsen kommen am gewöhnlichsten bei Geldschulden vor, und

richterlichen Ermessen ab. Wie nun die in einer *consuetudo* enthaltene *tacita conventio* zur ferneren Befolgung verpflichte, begründe die in der herkömmlichen Zinszahlung gelegene *conventio*, welche der Zinsenstipulation gleichzuachten sei, (S. 249.) auch einen verfolgbaren Anspruch auf fernere Zahlung. Gegen diese Ansicht muss ich das geltend machen, was in Anm. [22] a. E. zu §. 3. hervorgehoben worden ist, indem der hier gelehrte Entstehungsgrund von Rechten, welcher eine ganz allgemeine Bedeutung haben müsste, nicht existirt. (Vergl. auch Thibaut in Froben's Erört. u. s. w. §. 192.) Gegen die Einmischung der *tacita conventio* gilt wiederum Fritz's Entgegnung wider Gesterding, nämlich, dass zur Zeit des K. Antonin, dessen in fr. 6. §. 1. *d.* Erwähnung geschieht, eine Zinsenobl. nur durch *stipulatio* habe bestellt werden können, nicht durch stillschweigenden Vertrag. Die Annahme einer Vertretung derselben aber auf diese Weise ist ganz unerweislich. S. noch Keller a. a. O. S. 195. 4) Fritz selbst will in §. 1. *d.* nur eine Gnade des Kaisers sehen, so dass die Stelle keine privatrechtliche Bedeutung habe, dagegen spricht aber doch entschieden ihre Aufnahme und Stellung in den Titel *de Usuris*, während er S. 32. das pr. der Stelle mit vielen Anderen (s. auch die bei Keller S. 174.[7] Gen.) lediglich von dem konkreten Fall versteht, nämlich, dass nur die Erben unter Umständen dadurch verpflichtet seien, nicht der bisherige Zinszahler. 5) Endlich sind die bei weitem meisten älteren und neueren Juristen der Ansicht, dass, je nachdem Eins oder das Andere bestritten wird, aus einer mehrjährigen Zinszahlung eine rechtliche Vermuthung sowohl für eine Zinsobligation, als auch für die Existenz einer Hauptschuld entspringe, s. Glück S. 51 ff. u. S. 74. und die dort und bei Gesterding S. 4.[5] 5.[4] Gen., während Andere theils ohne, theils mit dem Zusatz: unter Umständen, von dieser Vermuthung nur in Bezug auf die Verpflichtung zur Zinszahlung, also bei übrigens feststehender Existenz einer Hauptschuld, sprechen, s. Mühlenbruch §. 361. [13], Puchta a. a. O. und Unterholzner S. 321., welcher letztere sich aber rücksichtlich der Vermuthung wieder an den konkreten Fall hält, und daher nur die Erben, nicht den bisherigen Zinszahler selbst für dadurch gebunden glaubt. Alle drei berühren die weitere Vermuthung nicht, aber auch nicht ausdrücklich den §. 1. der Stelle. Ich halte vorerst nach dem pr. ders. die Vermuthung für eine Zinsobligation, sobald die Umstände danach sind, dass sie einen sicheren Schluss gestatten, für gegründet, und zwar ohne Beschränkung auf den konkreten Fall; denn warum gerade dieser dazu geeignet sein sollte, und andere nicht, dafür wird sich kein Grund denken lassen: es ist vielmehr dem an einem Beispielsfall nachgewiesenen Satz, wie oft, allgemeine Bedeutung beizulegen. Allerdings aber ist darin kein Grund zu einer Verpflichtung selbst, sondern nur ein Argument für die Existenz eines solchen anerkannt. (Die von Glück, dem Fritz S. 32 ff. beitritt, um einen Schluss der ersten Art abzuweisen, gegebene Erklärung des fr. 6. pr. ist freilich theils gekünstelt, theils willkührlich, aber es bedarf ihrer gar nicht, und er geräth durch die Limitationen auch mit sich selbst in Widerspruch; — auch bleibt man mit dieser Auslegung den c. 28. *de Pactis* und c. 7. *h. t.*, welche in diesen Streit mit hereingezogen zu werden pflegen, konform, da sie nur der *constitutio obligationis* auf ähnliche Weise widersprechen.) Im Grunde ist auch hiergegen nie etwas weiter eingewendet worden (s. Gesterding S. 9. Müller S. 234. Fritz S. 22. und 31 ff.), als dass doch dem Schuldner gegen eine solche Präsumtion der Gegenbeweis zustehen müsse. Indessen sehe ich in der Stelle nichts, wonach dies geleugnet würde. Daraus, dass es bei der Erwähnung des kaiserlichen Reskripts nicht ausdrücklich mit berührt wurde, ist doch in der That nicht zu schliessen, dass der Gegenbeweis nicht Statt finden und nicht seine gewöhnliche Kraft wider Vermuthungen haben solle, sondern vielmehr, dass im konkreten Fall nur davon keine Rede gewesen sei, während sich seine Wirkung und Zulässigkeit übrigens von selbst versteht. (Vgl. auch Keller a. a. O. S. 215.). Aber auch die weitere Vermuthung, für die Existenz einer Hauptschuld halte ich nach §. 1. *eod.* für gegründet, und zwar rücksichtlich des Gegenbeweises mit derselben Bevorwortung. Die von mir selbst anerkannte Beschränkung, wenn die Umstände danach sind, besteht aber darin, dass der Sachlage nach der Schluss von der Zinszahlung auf die Existenz einer Hauptschuld, und auf die der

werden zunächst immer von diesen gedacht[5]; indessen ist dasselbe bei anderen vertretbaren Sachen ebenso möglich, und der Begriff darum auf diese allgemein ausgedehnt[6]. In Zusammenhang mit nichtvertretbaren Sachen ist derselbe jedoch nur dann möglich, wenn sie entweder nach der Absicht der Betheiligten oder der Disponenten veräussert und in Geld umgesetzt werden sollten, oder sie bei dem Geschäft, welches in Betreff ihrer eingegangen wurde, zu einem gewissen Preis veranschlagt und angenommen wurden[7], so dass also in der That dann auch eine Geldschuld,

Verpflichtung zu Zinsen neben einer anerkannt bestehenden Hauptschuld durch besondere begleitende Erscheinungen als ein sicherer anzusehen ist. Der Länge der Zeit lege ich dazu kein absolutes Gewicht bei, ich halte es vielmehr nicht für unmöglich, dass schon einmalige Zinszahlung, wenn sie nur entschieden feststeht, genügen könne, sondern folgender Erwägung. Wäre eine Zinszahlung ganz einfach so geschehen, dass eben nichts weiter feststände, als: „es sind Zinsen gezahlt," oder „eine gewisse Summe," so würde das zu einem sicheren Schluss nicht hinreichen; denn darauf könnte ein Gläubiger gar keinen bestimmten Anspruch gründen. Es muss daher mindestens der Zinsfuss feststehen, um den Betrag der Zinsverpflichtung, oder den des Kapitals daraus beurtheilen zu können, wie auch die beiden Beispielsfälle der Quellen ergeben, denn im ersten Fall stand das Kapital fest, und die Zinssumme unter Bezug darauf, dass und wieviel bisher *a patre* gezahlt worden, auch sind im R. R. da, wo von *usuris* im Allgemeinen gesprochen wird, stets die *legitimae* gemeint; und im zweiten muss die letztere darum procentmässig bestimmt gewesen sein, weil das erstere danach berechnet wurde. Nun wird es aber in solchen Fällen auch niemals an begleitenden Umständen fehlen, welche den Schluss noch positiv unterstützen, da die Handlung, zumal wiederholter Zinszahlungen, doch nicht im gänzlichen Schweigen vorgehen kann, sondern dieselbe vermöge ihrer Natur voraussetzt, dass dabei mündliche oder schriftliche Erklärungen abgegeben werden. Im entgegengesetzten Fall liesse sich schwerlich mit der erforderlichen prozessualischen Bestimmtheit behaupten, dass überhaupt und wofür Zinsen gezahlt seien. Allerdings muss nun die Vermuthung offenbar an Stärke gewinnen, je länger regelmässige Zinszahlungen der Art geschehen sind; immer aber kann sich der Schluss daraus niemals über die Natur einer Vermuthung erheben. Mit vorstehendem Resultat ist denn auch der neueste Schriftsteller über diese Fragen, Keller a. a. O. S. 213 ff. und S. 218 ff., einverstanden, obwohl er die zweite Vermuthung, für die Existenz einer Kapitalschuld, nur gelegentlich berührt. Die erste bringt er noch treffend mit fr. 25. *de Probat. verb.: praesumtio pro eo est, qui accepit*, und *qui enim solvit, nunquam ita resupinus est, ut facile suas pecunias jactet et indebitas effundet*, in Verbindung. Hierneben und dem unbeschadet ist es übrigens für das heutige Recht nicht minder möglich, dass die Umstände so gestaltet sein können, um eine stillschweigende Konvention über Verzinsung einer wirklich existirenden Hauptschuld als begründet zu betrachten, vergl. auch Fritz S. 33.; nur würde diese letztere freilich auf solche Weise nicht entstehen können. — Im ferneren Zusammenhang mit der accessorischen Natur der Zinsen und den vorher erörterten Fragen steht die Zurückforderung *indebite* gezahlter Zinsen. S. darüber den §. a. E.

[5] Daher *usura pecuniae*, fr. 121. *de V. S. reditus pec.* fr. 24. *de Praescr. verb.* fr. 30. pr. *de Adim. leg.*

[6] C. 12. 16. 23. 26. §. 1. *h.t.* — in der Sprache der Konstit. ist dafür der Ausdruck *species* gewöhnlich.

[7] S. 1) fr. 3. §. 4. *h. t.* fr. 11. pr. in f. *de R. C.* (*et maxime etc.*) 2) c. 8. *Si certum pet.* c. 25. *h. t.* Hier liegt dann eine Art Kauf vor, wobei der Preis als Geldschuld stehen bleibt, weshalb hierauf wegen leicht möglichen Wuchers besondere Aufmerksamkeit nöthig ist, s. Anm. [53]. — Nach fr. 17. §. 8. *h. t.* und fr. 5. pr. *de Oper. publ.* sollen Zinsen auch für die verspätete Handlung eines schuldigen *statuas vel imagines ponere* im Interesse einer Stadt gefordert werden können. Ich kann mich nicht überzeugen, dass ihnen eine allgemeine Bedeutung für Handlungen jeder Art beigelegt werden darf, sondern muss dabei stehen bleiben, dass das Interesse der Verzögerung nach seinen besonderen Voraussetzungen und Regeln berechnet werden muss. Für den konkreten Fall ist die Vorschrift der Verzinsung offenbar unter Voraussetzung eines Legats in Geld zu jenem Behuf zu denken. Ich halte aber die ganze Vor-

im ersten Fall auf den Betrag des Erlöses, im zweiten auf den des Preises, entstanden ist. Die Gleichheit der als Zinsen zu entrichtenden Sachen der Gattung nach, bei Geld also in der Geldsorte des Kapitals, ist zwar die Regel und versteht sich allemal, wenn nicht etwas Anderes ausgemacht worden ist, doch ist das, mit alleiniger Ausnahme eines in Oel oder Früchten gegebenen Darlehns wegen der wechselnden Preise, erlaubt, so dass also sowohl vertretbare Sachen anderer Art, als überhaupt an Stelle der Zinsen andere Leistungen und Beziehungen von Vortheilen treten können [8].

II. Die Obligation von Zinsen versteht sich nicht etwa von selbst, sobald eine Hauptschuld begründet ist, sondern sie erfordert ihren besonderen Entstehungsgrund [9]. Sie kann entstehen: a, kraft eines darauf abzweckenden Rechtsgeschäfts [10], namentlich also, was ganz gewöhnlich ist, eines Zinsvertrags neben und gleichzeitig mit der Begründung der Hauptschuld [11]. Dieses hat dann als solches die seiner Natur sonst entsprechenden Voraussetzungen und Folgen, unter diesen auch die einer besonderen Klage auf die Zinsen, und überhaupt einen soweit selbstständigen Charakter [12], als dem die accessorische Natur der Zinsobligationen zur Hauptobligation nicht zuwider ist. Daher können die kraft solcher früher erwachsenen Zinsen auch noch nach dem Erlöschen der Hauptschuld bis zu diesem Zeitpunkt selbstständig gefordert werden [13], weil mit dieser die Zinsobligation nur in ihrer ferneren Wirksamkeit endet, nicht in ihrer bisherigen; nur geht mit der Klage auf die Hauptschuld durch Verjährung der Anspruch auf sämmtliche Zinsen, also auch auf die verfallenen, rücksichtlich deren die besondere Klage noch nicht verjährt ist, dennoch verloren [14]. Vermöge der Grundsätze von der Bestimmtheit der Obligationen ist es

schrift für antiquirt, weil sie dem *jus publ.* angehört und veraltete Verhältnisse voraussetzt.

[8] S. 1) c. 16. 23. *h. t.* (per *arg. e contr.*) 2) fr. 11. §. 1. *de Pignor.* c. 14. 17. *h. t.* die Ausn. ist in c. 23. *d.* unter Anführung des Grunds enthalten. Vgl. Glück a. a. O. S. 9 ff. S. übrigens Anm. [53].

[9] Fr. 121. *de V. S.*

[10] Ausser dem Vertrag sind möglich: die Pollicitation und testamentarische Anordnung, resp. deren Anerkennung durch Erbantritt, s. c. 1. 4. *h. t.* fr. 75. §. 9. *de V. O.* fr. 10. *de Pollicit.* fr. 3. §. 6. *de Annuis leg.* S. übrigens noch Anm. [58]. In den Quellen werden wiederholt rücksichtlich der Entstehungsart einander gegenüber gestellt Zinsen *quae in obligatione sunt*, und *quae in obl. non s., sed officio judicis continentur*, s. z. B. fr. 49. §. 1. *de A. E.* fr. 54. pr. *Locati.* Die Verweisung von Zinsen an das *off. jud.* bei *bonae fidei jud.*, s. §. 29. S. 269 ff. Anm. [44], in welchen allein dasselbe vorkommt, hat Bezug auf den römischen Formularprozess und den Mangel einer besonderen Klage wegen jener ersetzt. Ursprünglich war dabei wohl das Meiste subjektiven Ansichten überlassen, welche sich allmälig fester und objektiver gestalteten. Wie die Lehre ausgebildet ist, erscheint ihre Grundlage seitdem natürlich als eine rechtlich überall bestimmte und begrenzte, so dass die Obl. zu diesen Zinsen formell ein Bestandtheil der Hauptschuld ist. Die römische Beschränkung auf *b. f. act.* fällt jetzt weg, vergl. Glück a. a. O. S. 38., was jedoch vorzüglich nur vom Verzug praktische Bedeutung hat, s. §. 93. Vgl. noch Anm. [19] und [25]. — Ueber das Geschichtliche der römischen Zinslehre s. Glück a. a. O. S. 32 ff. und über die Klagbarkeit der Zinsen s. Savigny System Bd. VI. S. 125 ff.

[11] Uebrigens kommt darauf nichts an, vergl. Glück a. a. O. S. 39. (ders. über das reine R. R.), unter Umständen kann auch stillschweigende Uebereinkunft angenommen werden müssen, z. B. wenn man von öffentlichen Geldinstituten, wie Leihhäusern, oder auch nur von Banquiers Geld aufnimmt; s. dens. und die dort Anm. [34] Gen.

[12] Fr. 75. §. 9. *de V. O.* fr. 8. *de Eo quod certo l.*

[13] C. 1. *de Judic.* und den Gegensatz dazu in c. 4. *Depositi*, deshalb ist auch Annahme der Hauptschuld ohne Vorbehalt der verfallenen Zinsen ohne Nachtheil, vergl. Glück a. a. O. S. 64., und dagegen Anm. [24].

[14] C. 26. pr. *de Usur.* eigentlich ist das eine Inkonsequenz, s. daher auch c. 7. §. 6. *de Praescr. 30 ann.*

nothwendig, dass die Höhe der Zinsen dabei mit festgesetzt werde, oder doch Umstände vorliegen, wonach sie zu ermitteln ist[15]. Für das Erlöschen dieser Zinsen gilt ausser den allgemeinen Erlöschungsgründen der Obligationen, und ausser der durch den accessorischen Charakter der Zinsobligation begründeten Nothwendigkeit[16], im Besonderen noch Folgendes. Seit langer Zeit verfallene Zinsen können nicht nachgefordert werden, wenn es am Gläubiger gelegen, sie zu fordern, und er dies aus Rücksicht auf den Schuldner unterlassen hat[17]. Hat er einige Zeit lang geringere Zinsen angenommen, als ihm zukamen, so erlischt der Anspruch auf den höheren Zinsfuss, indem hierin ein stillschweigender Erlass des höheren enthalten ist[18]. Endlich greift auch hier der nachher unter III. B. erwähnte Umstand hemmend ein.

[15] Fr. 31. 41. §. 2. *h. t.* Da es nirgends an einem „landüblichen" Zinsfuss fehlt, so genügt es, auf diesen Bezug zu nehmen, und der ist im Zweifel auch stillschweigend, d. h. wenn im Allgemeinen „Verzinsung" versprochen worden, als gemeint zu verstehen. Vergl. Fritz S. 45. Unterholzner a. a. O. S. 322 f. Nicht zu übersehen ist die aus fr. 1. §. 3. *de Pignor.* und fr. 12. 17. pr. *h. t.* hervorgehende Bestimmung, dass, wenn für den Fall nicht pünktlicher Zahlung der Zinsen höhere (erlaubte) zur Strafe gezahlt werden sollen, dies nur für den nicht eingehaltenen Termin gilt, während für die künftigen der niedrigere Zinsfuss wieder eintritt, es müsste denn das Gegentheil ausdrücklich bevorwortet sein.

[16] S. Anm. [2] und [14].

[17] Fr. 17. §. 1. *h. t.* fr. 54. *de Donat. inter vir.* Es wird also hier ein stillschweigender Erlass oder Schenkung angenommen, nur genügen dazu bestimmte, geringere Merkmale als sonst. So glaube ich diese Stellen verstehen zu müssen, während der oben nachher folgende Fall einen gewöhnlichen stillschweigenden Erlass, mit Andeutungen einer gegenseitigen Einwilligung, enthält. Der grosse Unterschied zwischen beiden Fällen aber ist der, dass im ersten Fall nicht die Zinsobligation für die Zukunft erlischt, wohl aber (theilweise) im zweiten. (Dies scheint z. B. Mühlenbruch §. 361. a. E. zu vermischen oder zu übersehen.) Die in den beiden Stellen nämlich enthaltenen Merkmale für Zinserlass können zum Erlass anderer Schulden nicht als ausreichend betrachtet werden, denn Stundung durch Schweigen und Unthätigkeit auf der einen Seite, und Schuldigbleiben auf der anderen in gleicher Weise ohne alle weitere Nebenumstände (s. z. B. solche in fr. 26. *de Probat.*) sind keine Elemente zu dem hier doch erforderlichen Vertrag. Bei Zinsen aber gewinnt dies allerdings eine andere Gestalt dadurch, dass diese jährlich zu bestimmten Zeiten zu zahlen wären, und eine Wiederholung und ein Beharren bei solcher Unthätigkeit kann wohl auf eine gewisse Absicht und also auf Einverständniss schliessen lassen. Dennoch genügt dies nach den ziemlich klaren Andeutungen der Stellen nicht allein, sondern es müssen noch unterstützende Umstände dazu kommen, welche die Absicht wenigstens wahrscheinlich machen. In der ersten Stelle ist vorausgesetzt, *ut gratior apud eum videlicet esses*, also die wirkliche Absicht einer Liberalität, nur eine nicht gegen den Schuldner ausgesprochene, vergl. auch *Noodt de foen.* III. 16. in f., der mit Recht die Auffassung der Basil. tadelt, welche dieses Motiv schon aus dem Nichtfordern während langer Zeit allein schliessen wollen. In der zweiten Stelle ist die Dauer *per omne tempus* neben dem besonderen Zweck der schuldigen *dos*, der auch ohne sie erreicht worden war, von Bedeutung. Die Länge der Zeit selbst lässt sich im Allgemeinen nicht bestimmen, sondern unterliegt ganz dem richterlichen Ermessen, und ist in Ermangelung anderer adminikulirender Umstände, aber auch neben ihnen, selbst ein solcher. Aus diesen Gründen schien es mir überhaupt nöthig, dieser Erlöschungsart als einer besonderen hier zu gedenken, während, nach dem Schweigen darüber bei Anderen (s. namentlich die Pandektenlehrbb.) zu schliessen, dieselbe dem gewöhnlichen stillschweigenden Erlass gleich beurtheilt zu werden scheint.

[18] Fr. 13. pr. *h. t.* c. 5. 8. *h. t.* über Einzelnes in der Interpretation dieser Stellen s. Glück S. 66 ff. Mühlenbruch §. 361. [23] a. E. Fritz S. 36. und die dort Gen. Vorzüglich herrscht Verschiedenheit der Ansichten darüber, wie lange die Zahlung der geringeren Zinsen gewährt haben müsse, indem Manche — die meisten — drei, Manche zehn Jahre erfordern,

b, Im Gegensatz hierzu stehen die Fälle, in welchen die Verpflichtung zu Zinsen für gewisse Hauptobligationssummen ohne eine die Betheiligten bindende Privatverfügung, also lediglich kraft gesetzlicher Anordnung und deren Anwendung auf die konkrete thatsächliche Sachlage besteht[19]. Diese Verpflichtung ist nur eine Erweiterung des ursprünglichen und eigentlichen Gegenstands der Obligation, so dass ein Anspruch auf die Zinsen nur durch und mit dem auf den letzteren besteht, also auch mit demselben identisch ist. Deshalb bestehen hier wesentliche Verschiedenheiten. Es giebt nämlich keine besondere Klage für sie, sondern sie können als integrirender Bestandtheil der Hauptschuld nur mit der für diese bestehenden Klage gefordert werden[20], allein sie sind auch deshalb allemal in der Hauptschuld stillschweigend als mitgefordert zu betrachten, so dass es einer ausdrücklichen Forderung nicht bedarf, sondern der Richter unaufgefordert und von Amtswegen sie zuzuerkennen hat[21], und zwar bis zur Zeit des Erkenntnisses, nicht weiter[22]. Er hat dabei nur ihre rechtliche Begründung und Entstehung durch und mit der Haupt-

Manche Alles dem richterlichen Ermessen überlassen, s. Glück a. a. O. Fritz S. 35. und einer, Kritz Abhandl. Nr. 3., einmal für hinreichend hält. Die erste Stelle spricht von: *per multos annos*, die zweite von *certis*, und dass *semper* geringere Zinsen gezahlt seien, die dritte erwähnt keines Zeitraums. Mit Recht scheint die Beurtheilung der Annahme eines stillschweigenden Vertrags in jeder Hinsicht dem richterlichen Ermessen überlassen werden zu müssen, also auch der Zeit, so dass also je nach den begleitenden Umständen allerdings auch eine einmalige Zahlung und Annahme geringerer Zinsen genügen kann; s. Fritz a. a. O. S. übrigens noch vor. Anm.

[19] Vergl. Anm. [10]. Dass die unter lit. b. aufgezählten Fälle sämmtlich zu denen, welche vom *officio jud.* abhängen, gehören, (was m. W. nur Unterholzner leugnet, s. Anm. [25], während es bisher nicht in Zweifel gezogen worden ist,) dafür sind folgende Beweisgründe ganz überzeugend: 1) ausdrücklich werden die Verzugszinsen als dem *officio jud.* überwiesen genannt in fr. 49. §. 1. *de A. E.* fr. 54. pr. *Locati.* 2) In der letzteren Stelle wird dies von *usuris* im Allgemeinen als den *b. f. jud.* eigenthümlich gesagt. 3) Dass für die vermöge eigennützigen Gebrauchs fremder Gelder zu entrichtenden Zinsen keine besondere Klage vorhanden sei, sagt ausdrücklich c. 4. *Depos.* 4) In fr. 6. §. 12. und fr. 7. *de Negot. gest.* und in fr. 24. *Depos.* ist für dieselben Zinsen das *off. jud.*, als ein den *bonae fid. jud.* überhaupt eigenthümliches, als maasgebend anerkannt. Wenn nun 5) auch für andere hierher gehörige Fälle die Natur der Klagen als *bon. fid.* ausdrücklich hervorgehoben wird, s. z. B. fr. 28. *Depos.* fr. 10. §. 3. *Mand.*, ferner 6) die Natur der *b. f. actiones* dieses überhaupt nothwendig mit sich bringt, (vergl. fr. 12. §. 9. *in f. Mandati*) und endlich 7) das R. R. den Gegensatz des *in obl. vel in officio judicis esse* für Zinsen als einen allgemeinen wiederholt aufstellt und als feststehend und bekannt voraussetzt, s. ausser den Stellen der Anm. [8] noch bes. fr. 58. pr. ad *Sct. Trebell.* und nirgends eine Spur von einer besonders auf solche Zinsen zu richtenden Klage in den Quellen vorkommt, so muss wohl jeder Zweifel schwinden, dass nicht alle Verpflichtungen zu Zinsen, die nicht ausdrücklich zu den drei Arten der lit. a) im Text gehören, solche seien, welche nach R. R. auf dem *officio judicis* beruhen. Ueber die weitere praktische Bedeutung dieses Begriffs s. noch Anm. [25].

[20] Fr. 49. §. 1. *de A. E.* c. 13. *h. t.* c. 4. *Depositi*, es würde also *exc. rei jud.* zu Gunsten des Verurtheilten begründet sein. (Wenn *Paulus S. R.* III. 8. §. 4. von Verzugszinsen sagt: *peti possunt*, so ist doch damit kein selbstständiger Anspruch gemeint.) S. §. 84. Anm. [6 b]), bes. auch a. E.

[21] Vergl. Sintenis Erl. Bd. I. S. 610 ff. Daselbst ist nur auf die Verzugszinsen unter anderen Beispielen besondere Anwendung gemacht, es gilt aber von anderen sog. Legalzinsen nicht minder, da der Grund überall derselbe ist, vergl. Anm. [19] und Quistorp Beitr. S. 896. und s. §. 84.[7]. Durch Vernachlässigung hierin wird nach Madai S. 359. der Richter sogar verantwortlich. Ich kann es jedoch nicht unbedingt zugeben, sondern nur, wenn der Gläubiger die Zinsen auch wirklich gefordert und kein Rechtsmittel mehr hat, in höherer Instanz eine Abänderung zu erlangen.

[22] Fr. 1. §. 2. *de Usur.*

schuld zu prüfen; hat er sie aberkannt, oder im Erkenntniss übergangen, so sind dagegen zwar die gewöhnlichen Rechtsmittel zulässig[23]; ist das Erkenntniss aber rechtskräftig geworden, so findet keine Nachforderung Statt, weil es an Rechtsverfolgungsmitteln fehlt[24]. — Hiermit ist jedoch die Möglichkeit nicht verneint, obwohl dazu eine besondere Gestaltung der Umstände gehört, dass aus einem Obligationsverhältniss der hierher gehörigen Art der Anspruch sich in den auf die Zinsen allein zurückzieht, und auf einen weiteren Umfang, also auf die Hauptleistung, nicht möglich oder sonst erledigt ist, so dass mithin jenes nur noch die Zinsen zum Inhalt hat; regelmässig freilich wird die gesammte Obligation mit der Erfüllung oder dem Erlöschen der Hauptleistung selbst ihr Ende erreichen[25]. Die hier wenigstens

[23] C. 13. *h. t.* vergl. Glück a. a. O. S. 58 ff. Sind Zinsen der unter a) gedachten Art im Erkenntniss übergangen, so schadet ihnen das nicht, s. dens. S. 62 f. und dort verschiedene Ansichten Anderer.

[24] Selbst eine *exceptio*, etwa zur Kompensation dienlich, kann nicht als übrig angenommen werden, indem die Obl. völlig erloschen oder in das Judikat übergegangen feststeht, und keine *naturalis obl.* übrig ist. — Ob Vorbehalt der Zinsen bei Annahme des Kapitals von Wirkung sei, ist streitig, s. Glück a. a. O. S. 63. und die dort Gen. Wenn ein Vertrag daraus zu schliessen wäre, würde die Sache kein Bedenken haben. Wo nicht, so sind zwar viele, namentlich sächsische Praktiker, s. *Hommel obs.* 221. §. 7. *Kind Quaest.* T. IV. c. 54. [i]) *et ibi laudd.* der bejahenden Ansicht, indessen scheint mir ein einfacher Vorbehalt zum Ersatz einer stillschweigenden Konvention (s. Anm. [11]) nicht ausreichend, s. auch Höpfner a. a. O. S. 3. Böte die Sache die Auffassung dar, dass der Gläubiger die unvollständige Zahlung zuvörderst auf die Verzugszinsen rechnen könnte, so wäre allerdings die Hauptschuld nicht ganz getilgt; s. Wolff Mora S. 503 f., der nur irrig hier eine Naturalobl. als übrig annimmt, von der gar nicht die Rede sein kann, weil keine besondere überhaupt für die Zinsen existirt. Nur wenn die Zinsen ausdrücklich gefordert und im Erkenntniss zur besonderen Ausführung verwiesen sind, gehen sie nicht verloren, indem dann nur eine fernere Verfolgung des schon erhobenen Anspruchs geschieht. Vgl. Seuffert im Archiv Bd. I. Nr. 17. Fritz S. 24. und *arg.* c. 3. *de Fructib.* auch Höpfner Beitr. Bd. II. S. 1 ff., welcher aber den heutigen Rechtsansichten für angemessen hält, dass die Praxis überall selbstständige Klagen zulassen sollte, während ich dies darum leugnen muss, weil es dieses Mittels für den Vorsichtigen nicht bedarf und viele Konsequenzen dadurch erschüttert werden würden. S. noch §. 84. Anmerk. [6b]).

[25] Unterholzner a. a. O. S. 323. scheidet von den sonst zu denen, *quae officio jud. contin.*, gerechneten eine Anzahl Zinsobligationen aus, aus welchen die Zinsen Gegenstand einer für sich geltend zu machenden Forderung seien, und wofür er den Begriff eines abgeleiteten, aus einem anderweitig begründeten, Anspruchs aufstellt. Wenn er als Beispiel namentlich das anführt „wenn Jemand, der die Auslagen zu gering angesetzt, das Vergessene nachfordern könne, so sei es natürlich, dass auch ausgelegte Zinsen nachgefordert werden können," so ist das Beispiel nicht geeignet, den Satz zu bestätigen. Wahrscheinlich meint er einen Fall, wie fr. 12. §. 9. *Mandati*, (denn verstände er für den Schuldner bezahlte Zinsen, so käme deren Ersatz gar nicht als Zinsobligation in Betracht,) allein es ist ja eben zu beweisen, dass Zinsen hier allein für sich mittelst besonderer Klage gefordert werden können. Aber auch übrigens müssen hier Missverständnisse vorliegen. Denn wenn er ferner, das Einzelne nach s. A. hierher gehörige aufzuzählen, damit beginnt: aus der Verpflichtung zur Herausgabe alles dessen, was man durch die für einen Anderen geführte Verwaltung eingenommen habe, folge auch die der eingenommenen Zinsen, — so ist doch das keine Zinsobligation, sondern für die Haftungspflicht des Geschäftsverwalters ganz gleichgültig, dass die von ihm eingenommenen Gelder ein Anderer als Zinsen geschuldet hat; hierhier gehört z. B. fr. 19. §. 4. *de Negot.* rücksichtlich der *usurae perceptae.* Ich verstehe es ferner nicht, wenn Unterholzner a. a. O. S. 323 bei [r]) und [s]) für dieselben Fälle eine selbstständige Klage behauptet, die er S. 326. bei [i]) und [k]) unter denen, *quae off. jud. continentur*, nennt. Wie es scheint, ist Unterholzner (in der cit. Anm. [5]) auch seiner Meinung nicht eben sehr sicher, indem er da-

nach den Hauptklassen zusammenzustellenden Fälle dieser Zinsverpflichtungen sind

für nach c. 3. *de Cond. ex lege* als mittelbarer Beweisstelle greift, für welche es doch hier keinen Anknüpfungspunkt giebt, vergl. §. 52. Anm. [41]). Von den sämmtlichen übrigen von ihm (zu beiden vorhergenannten Zwecken) citirten Stellen — es sind dies die in Anm. [27] unter 1) und Anm. [28] unter 3) gen. — beweist keine einzige etwas mit der hier erforderlichen Sicherheit, s. Anm. [19]. Das Triftigste, was sich etwa sagen liesse, wäre das: wenn Jemand in Bezug auf die Verwaltung fremder Angelegenheiten und Gelder Pflichten zu positiven Handlungen vernachlässigt, so wird er darum, als zum Ersatz des daher entstandenen Schadens, auch zur Verzinsung gewisser Kapitalien verpflichtet, und mithin muss er auch darauf besonders verklagt werden können; nichts desto weniger ist damit nicht dargethan, dass die Zinsen Gegenstand einer für sich geltend zu machenden Forderung seien, und nicht nur kraft der auf die Hauptschuld und mit dieser geltend gemacht werden könnten. So kann ich namentlich fr. 19. §. 4. *d.* (*vel etiam etc.*) fr. 28. *Depos.* (*sive percepit*) fr. 10. §. 3. *Mandati* (*Sed etsi etc.*, mit der Voraussetzung *si non mandavi*,) fr. 7. §. 3. *de Administr. tutor.* fr. 15. *eod. c.* 24. *de Usur.* nicht, wie Unterholzner ausdrücklich behauptet, davon verstehen; noch weniger fr. 29. §. 2. *de Aedil. Ed.* und die Fälle, wenn Jemand wegen eigenen widerrechtlichen Gebrauchs fremder Gelder, wovon ja c. 4. *Depos.* ausdrücklich sagt, dass es keine besondere Klage deshalb gebe, und fr. 6. §. 12. und fr. 7. *de Negot. gest.*, dass hier das *offic. jud.* die *stipulatio* rücksichtlich der Zinsen ersetze. Dagegen ist es allerdings nicht unmöglich, dass ein Schuldverhältniss so gestaltet sein kann, dass nichts weiter als die Zinsen daraus gefordert werden können, während es rücksichtlich der Hauptschuld wirkungslos geworden ist, dann aber besteht jenes doch immer noch, nur mit geschmälertem Inhalt, und die Zinsleistung folgt aus jenem, nicht aus einer besonderen Obligation. Wäre z. B. das gesammte Mündelvermögen ein Kapital, welches der Vormund in Händen hat, und wovon er nach fr. 15. *d. post sex menses* zu Zinsen verpflichtet ist, und das Geld geht durch eine dem Vormund nicht imputable Ursache zu Grunde, z. B. durch eine Feuersbrunst, so würden nichts desto weniger die Zinsen bis dahin gefordert werden können. Der Gegenstand der Klage ist nämlich ein *incertum*, d. h. *reddere rationes* und Herausgabe der *reliqua*, (s. Rudorff Vorm. R. Bd. III. S. 66.) und hierbei waltet nun eben das *offic. jud.* im Zusprechen der Zinsen vor. Es ist auch unbedenklich zuzugeben, dass in einem solchen Fall nach heut. Prozessgrundsätzen in einer Klageschrift unter Anführung solcher Umstände schlechthin und direkt die berechnete Zinssumme gefordert werden könnte, denn die Klage würde im Wesentlichen doch eine *tut. a.* sein. (Vergl. über diese noch weiter unten.) Indessen werden solche Fälle freilich selten sein, (s. z. B. noch eine Möglichkeit nach fr. 17. §. 7. *h. t.*, doch ist hier wie in dem vor. Beispielsfall nicht zu übersehen, dass der Begriff der Hauptschuld auf eine gewisse künstliche Weise konstruirt und substituirt werden muss, da das Eigenthum der Münzen dort offenbar dem Mündel gehörig bleibt, die Zinsen also vielmehr als ein fixirtes Interesse wegen der Nichterfüllung erscheinen); denn immer darf das Obl.-Verhältniss noch nicht erloschen sein, was mit der Zahlung und Annahme der Hauptschuld allemal geschieht (vergl. Anm. [24] a. E.), sie müsste also auf eine andere Weise erledigt sein, ohne dass darum das Obl.-Verhältniss gelöst wäre, und in sofern wird es sich denn allerdings meist so treffen, dass gesetzliche Zinsen nur gleichzeitig mit der Hauptschuld gefordert werden können, nicht ohne solche. Dagegen ist die Klage auf die Zinsen nicht allein und abgesondert möglich, so lange eine Hauptschuld noch besteht; denn nach röm. Prozess konnte in allen hierher gehörigen Fällen, als *b. f. act.*, nur eine *incerta formula* gegeben werden, und somit musste das ganze Rechtsverhältniss *in judicium* deduzirt, und es konnte eine Einschränkung vom Kläger gar nicht herbeigeführt werden. Ich sehe keinen Grund, aus welchem hierin jetzt eine Aenderung sich rechtfertigen liesse, vielmehr würde man mit der Annahme des Gegentheils die hier fraglichen Rechtsverhältnisse in ihrer Natur und ihrem Umfang verkennen. Die Forderung der Hauptschuld und z. B. der Verzugszinsen, oder auch solcher aus fr. 15. *d.* und fr. 10. §. 3. *Mand.* und fr. 37. *h. t.* bestehen nicht wie zwei besondere, deren jede allein willkührlich für sich geltend gemacht werden und ebenso erlöschen könnte, sondern es besteht ein einziges Rechtsverhältniss und nur eine Klage, z. B. *tut. actio*, oder *mandati*, *negotior. gest.*, und der Betrag,

folgende[26]: 1) der Verzug, s. §. 93. II. A. I. 1). 2) Die Gründe zur Leistung des Interesses, in sofern es in der Verzinsung besteht oder diese mitumfasst, s. §. 86. 3) Widerrechtliches Handeln und Benehmen in Bezug auf fremde Gelder und Angelegenheiten[27]. 4) Gesetzliche Vorschrift schlechthin für gewisse Fälle[28]. — Verpflichtungen dieser Art zu Zinsen entstehen vermöge besonderer Rechtsbegünstigung nicht: für die aus Schenkungen[29] und Strafen entsprungenen Forderungen[30], für die während eines Prozesses erwachsenden und nachmals herauszugebenden, oder die vom Besitzer im schlechten Glauben der fruchttragenden Sache ge-

welcher daraus gefordert werden kann, unterliegt einer Ausmittelung im Ganzen, d. h. unter Berücksichtigung des gesammten Verhältnisses und der dasselbe begleitenden Umstände, aber nur einer einmaligen. (Mit der gen. *tut. a.*, als einer *generalis*, hat es seine besondere Bewandtniss, sie kann wiederholt angestellt werden, sobald ein Punkt, der dem ganzen Verhältniss angehört, nur bisher noch nicht abgeurtheilt ist, — aber die *exc. rei jud.* ist an sich doch begründet, und es bedarf der *repl. doli*, c. 2. *de Judic.*, und darin zeigt sich die Konsequenz.) Die etwanige Erklärung in einer heutigen Klageschrift: man wolle vorläufig nur die Zinsen fordern, ist darum unzulässig, weil auf sie allein eine Klage nicht existirt; und die: man wolle die Hauptschuld fallen lassen und nicht fordern, würde eine separate Forderung der Zinsen nicht weniger ausschliessen, weil diese nicht, wie konventionelle als verfallene in Betracht kommen, sondern ohne die Hauptforderung nicht denkbar sind. Wieweit Arndts Pand. §. 207. Anm. 4 a. E. und ob er überhaupt a. M. sei, ist nicht ganz klar zu ersehen.

26 Manche scheinen einer mehr systematischen Abtheilung dieser Gründe besonderes Gewicht beizulegen, s. z. B. Weber Vers. S. 237 ff. Glück a. a. O. S. 31 ff. Wening §. 192. Es ist damit nichts zu gewinnen, und überhaupt kein Grund dazu vorhanden, auch nicht für das heut. R. im Gegensatz zum römischen. S. Savigny System Bd. VI. S. 135.

27 S. namentlich 1) wegen unbefugter Benutzung fremder oder gemeinschaftlicher Gelder: fr. 38. *de Negot. gest.*, fr. 28. in f. *Depositi*, fr. 10. §. 3. *Mandati*, fr. 60. pr. *Pro socio*, fr. 1. §. 1. *h. t.* fr. 7. §. 4. u. 10—12. *de Administr. tut.* u. c. 1. *de Usur. pupill.* Von dieser Regel pflegt eine Ausnahme dann behauptet und darauf gegründet zu werden, wenn Jemand fremde Gelder auf Zinsen ausgethan hat und die Gefahr davon trägt, s. die bei Wening §. 192. g) Gen., dagegen aber Fritz S. 25 ff.; 2) wegen Vernachlässigung der in Bezug auf Verwaltung fremder Gelder obliegenden Verpflichtungen, a, fr. 19. §. 4. *de Negot. gest.* c. 24. *h. t.* b, fr. 7. §. 3. 11. 13. fr. 58. *de Admin. tut.* c. 24. *de Periculo tut.* c, fr. 17. §. 7. *h. t.* fr. 9. pr. *de Admin. rer. ad civitat.* Das Weitere über die hier vorausgesetzten Verhältnisse gehört nicht hierher, sondern in das System der einzelnen Obligationen. — Manche rechnen auch hierher die widerrechtliche Verhinderung Jemandes an Benutzung eigener Gelder, s. darüber Fritz S. 28.

28 Von den hierher gehörigen Fällen und Verhältnissen lassen sich nur einige beispielsweise andeuten: 1) die Fälle §. 93. I. 6. 2) die Zinsverpflichtung des Verkäufers, wenn es zur Rückzahlung des Kaufpreises kommt, fr. 27. §. 1. *de Minor.* fr. 29. §. 2. *de Aedil. Ed.* fr. 18. pr. *h. t.*, 3, die, welche der Verwalter fremder Angelegenheiten für eigenen Aufwand dabei berechnen kann, fr. 19. §. 4. in f. *de Negot. gest.* c. 18. *eod.*, fr. 10. §. 5. in f. *de In rem verso*, fr. 37. *h. t.*, fr. 12. §. 9. *Mandati*, fr. 3. §. 1. 4. *de Contrar. tut.* fr. 67. §. 2. *Pro socio.* 4, das Privilegium des Fiskus, s. Bd. I. §. 15. Anm. 48 3. — Zu den obigen allgemeinen Gesichtspunkten wird von W. Sell Vers. Bd. I. Nr. 1.) auch noch gerechnet, dass Derjenige Zinsen zahlen müsse, welcher sich sonst mit dem Schaden eines Anderen bereichere; dieser Satz ist als allgemeiner nicht gegründet, sondern er kann nur mehreren der auf gesetzlicher Vorschrift ruhenden Fälle als Motiv untergelegt werden; s. §. 102. Anm. 86. Vergl. Bd. I. §. 33. Anm. 9 a. E.

29 Fr. 22. *de Donation.* Ausnahmen finden Statt bei Pollicitationen fr. 1. *de Pollicit.* (über dessen scheinbaren Widerstreit mit fr. 16. pr. *h. t.* s. Schilling in den Leipz. Jahrbb. Bd. III. S. 264.) ebenso bei Vermächtnissen fr. 34. *h. t.* fr. 24. pr. *de Usu et usufr. leg.* fr. 89. §. 1. *ad Leg. Falcid.* fr. 78. §. 2. *de Leg.* II., doch lassen sich diese nicht eigentlich hierher rechnen.

30 Fr. 9. *de Magistr. conven.* c. 1. *de Fiscal. usur.* Nach R. R. fallen diese und die vor. Ausn. unter den Gesichtspunkt der *str. jur. act.* vergl. Schilling a. a. O. S. 263 f.

wonnenen Früchte[31], und für den Fiskus rücksichtlich der von ihm ursprünglich selbst kontrahirten Schulden[32].

III. Die Zinssumme, welche von einer Hauptschuld genommen werden und überhaupt erwachsen kann, ist nicht der Willkühr anheimgegeben, sondern aus legislativpolitischen Gründen[33] mannigfaltig beschränkt, woraus denn eine Zahl eigenthümlicher juristischer Begriffe erwachsen ist. Es sind hier folgende verschiedene Punkte zu unterscheiden:

A. Der Zinsfuss selbst, d. h. das Verhältniss der für gewisse Zeiträume, nach jetziger allgemeiner Sitte jährlich, vom Hundert der Hauptschuld zu entrichtenden Zinsen[34], ist für die Zinsobligationen durch Aufstellung eines Maximums begrenzt. Um dieses für das praktische Recht vollkommen zu erkennen und richtig zu beurtheilen und auf die einzelnen Fälle anzuwenden, ist die Kenntniss der römischen Bestimmungen darüber erforderlich[34]. Nach R. R. ist: a, für die auf Uebereinkunft oder Verfügung der Betheiligten ruhenden Zinsen als Maximum jährlich sechs Prozent festgesetzt[35], innerhalb desselben aber der Zinsfuss der Willkühr anheimgegeben. Hiervon bestanden einige Abweichungen, es durfte nämlich bei dem Seedarlehn (*foenus nauticum*), als einem ganz eigenthümlichen Geschäft, der Zinsfuss bis auf zwölf Prozent erhöht werden, ingleichen beim Darlehn anderer fungibler Sachen als in Gelde; ferner durften gewissen Ständen angehörige Personen bis acht Prozent, andere nur bis vier Prozent sich versprechen lassen, und von anderen endlich überhaupt nur vier Prozent genommen werden[36]. Diese letzteren Bestimmungen sind mit den Ständeverschiedenheiten antiquirt. b, Für die gesetzlichen Zinsen bestanden folgende verschiedene Zinsfüsse: 1) zwölf Prozent für die *usuras rei judicatae*, und zwar von Ablauf der gesetzlichen viermonatlichen Zahlungsfrist des Judikats an[37]; ingleichen für die der Reparaturkosten eines gemeinschaftlichen Hauses, soweit sie der Miteigenthümer zu ersetzen hat[38]. 2) Vier Prozent und drei Prozent für einige wenige bestimmte Fälle, nämlich: α, aus dem Versprechen eines Heirathsguts[39], β, wegen zurückzugebenden Heirathsguts[40], γ, aus dem Legat unter der Bedingung, im Wittwerstand zu verharren[41], und δ, drei Prozent für ein zurückzuzahlendes Legat an den Auszahler, welchem im Streit um die Erbschaft diese

[31] Fr. 15. *h. t.*

[32] Fr. 17. §. 5. *h. t.* anders, *quum in privati locum successit*, d. h. dann schuldet er sowohl die Zinsen der rückwärts liegenden Zeit, wo der Privatmann Schuldner war, als auch die ferneren, s. Madai Mora S. 374 ff. Vertragszinsen natürlich schuldet der Fiskus gleich jedem Privaten.

[33] S. W. Sell in s. Jahrbb. Bd. I. S. 16 ff. Dort auch das Geschichtliche des R. R. Die in Nov. 120. c. 6. §. 2. enthaltene Maasregel für Kirchen und milde Stiftungen mögte schwerlich noch praktische Bedeutung haben.

[34] Im R. R. hat der Zinsfuss mehrfach gewechselt, auch für die einzelnen Arten gesetzlicher Zinsen, vergl. Glück a. a. O. S. 76 ff. Unterholzner a. a. O. S. 314 ff. 327 ff. Fritz S. 39 ff. bei diesem auch S. 37 f. die römische Berechnungs- uud Bezeichnungsweise. Hier kommt es natürlich nur auf das justin. R. an.

[35] C. 26. §. 1. *h. t.*

[36] Alle diese Bestimmungen enthält dies. Konst. u. Nov. (32. 33.) 34. (S. ferner Nov. 136. — Nov. 106. enthält spezielle Bestimmungen über das *foenus nauticum*, welche als antiquirt zu betrachten sind, auch wenn der unglossirten jene aufhebenden Nov. 110. kein Gewicht beizulegen wäre.)

[37] C. 2. 3. *de Usur. rei jud.* und zwar nur von der ursprünglichen Hauptschuld.

[38] C. 4. *de Aedif. priv.* vergl. Fritz S. 44. unbedenklich wird hier nach fr. 52. §. 10. *Pro socio* die Frist von 4 Monaten als fortbestehend zu betrachten sein, welche über dieser hohe Zinsfuss nur dauern sollte.

[39] C. 31. §. 2. *de J. D.*

[40] C. un. §. 7. *de Rei uxor. act.*

[41] Nov. 22. c. 4. §. 7. c. 44. §. 4. Nov. 2. c. 4.)

nachmals entwunden worden ist[42]. 3) Das gesetzliche Maximum der Zinsen unter a, also sechs Prozent, für die von Verwaltern fremder Gelder, welche diese in ihrem Nutzen verwendet hatten, zu entrichtenden Zinsen[43] und für die vom Fiskus zu beziehenden[44]. 4) In allen anderen Fällen unterliegt die Höhe der Zinsen dem richterlichen Ermessen, mit Verweisung auf die Umstände, auf Ortsgewohnheiten und Gelegenheit, das Geld durch Ausleihen zu nutzen[45]. — Durch deutsche reichsgesetzliche Bestimmungen für gewisse Fälle und die demgemäss geschehene allgemeine analoge Ausdehnung[46] ist nun für die Zinsen unter a, als Maximum auf das Jahr fünf Prozent festgesetzt worden; daneben besteht die Bestimmung wegen des Seedarlehns unverändert fort, die wegen des Darlehns anderer fungibler Sachen aber ist durch das reichsgesetzliche Maximum als aufgehoben zu betrachten. Was aber

[42] C. 12. pr. *de H. P.* Ein fünfter Fall, fr. 17. §. 8. *h. t.* muss als antiquirt angesehen werden, s. Anm. [7].

[43] S. 1) fr. 38. *de Negot. gest.* 2) fr. 7. §. 4. 10. *de Admin. tut.* c. 1. *de Usur. pup.* Die hier als *maximae* oder *legitimae* genannten Zinsen, wofür auch *gravissimae* vorkommt, sind nach dem älteren Zinsfuss, dessen Zeit diese Stellen angehören, von 12% zu verstehen, nach c. 26. §. 1. *d.* aber als auf 6% herabgesetzt, nicht als die ausnahmsweise zwölfprozentigen der Anm. [37] und [38], s. nach Aeltern Fritz S. 44 f. u. Puchta a. a. O. aa.

[44] Fr. 17. §. 6. *de Usur.* vergl. Fritz S. 41. u. 46. (fr. 3. §. 2. *ad Leg. Falcid.* gehört nicht hierher.)

[45] 1) Fr. 1. pr. *h. t.* 2) fr. 38. *de Negot. gest.* 3) fr. 10. §. 3. *Mandati,* 4) fr. 7. §. 10. *de Admin. tut.* fr. 39. §. 1. *de Leg.* I. Ueberall ist natürlich hier ebenfalls das gesetzliche Maximum innezuhalten und vorauszusetzen, fr. 1. *d.*: *ita tamen ut legi non offendat*, u. c. 26. §. 1. *d. v. etiam in aliis omnibus etc.* Die obige Bestimmung gilt namentlich auch von den Verzugszinsen.

[46] Die Reichsgesetze sind folgende: 1) R. A. v. 1500. Tit. 32. R. P. O. von 1530. Art. 26. §. 8. von 1548. Art. 17. §. 8. u. von 1577. Tit. 17. §. 9. (diese reden nur von wiederkäuflichen Gülten, welche damals aus Rücksicht auf das kanon. Zinsverbot die Zinsen ersetzten.) 2) Ders. Tit. 20. §. 6. (für die Darlehne der Juden), 3) D. A. von 1600. §. 139. (dieser setzte die Verzugszinsen von Darlehnen auf 5%, mit Vorbehalt des Nachweises eines höheren Interesses, es scheint darin aber auch andererseits in Ermangelung des letzteren sogar der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen, dass der Gläubiger nicht würde 5% gewonnen haben, und diese Anordnung nur auf einer Vermuthung zu ruhen, doch hat die Praxis sich konstant unbedingt an die 5% gehalten, s. Puchta §. 229. bb). Ueber die Auffassung dieses Gesetzes s. Anm. [47]. 4) J. R. A. §. 174. Hier sind überall 5% als Maximum bestimmt. Ob nun das letzte Reichsgesetz sich nur auf die im 30jährigen Krieg verarmten Schuldner beziehe (§. 170. das.), oder eine allgemeine Vorschrift für die Zukunft sei, ist sehr bestritten, s. die bei Glück S. 98. [11]) Gen., und daher ist denn neuer Streit darüber entstanden, ob nun für die nicht speziell in den Reichsgesetzen bestimmten Fälle das R. R. oder das kanon. R. zur Anwendung zu bringen sei, und wonach namentlich die, welche das erstere als gemeines Recht ansehen, 6% als gesetzliches Maas besonders für Konventionalzinsen betrachten. Indessen hat eine ganz allgemeine und entschiedene Praxis das allgemeine gesetzliche Zinsmaximum von 5% vom J. R. A. an festgehalten, namentlich die des Reichskammergerichts, s. die bei Glück S. 101. [15] u. Wening Bd. II. S. 20. k) Gen. u. bes. Fritz S. 51. vereinzelte Fälle des zugesprochenen 6ten Zinsthalers sind beim Reichshofrath vorgekommen, ders. S. 52. Dieser hat indessen S. 54 ff. die von der Paxis befolgte Meinung auf überzeugende Weise von Neuem als die richtige nachgewiesen, und zwar sowohl für die Fälle, wo nach R. R. 6% Konventionalzinsen erlaubt waren, als wo mehr. Nur das *foenus nauticum* ist als ein Geschäft von ganz besonderer Art auszunehmen, indem der Gläubiger die Gefahr mitübernimmt. Das ist m. W. auch nie bestritten gewesen, s. Glück S. 103. und die dort Gen. u. Fritz S. 55. Die Ausnahme beim Darlehn in Früchten aber, wobei auch 12% genommen werden durften, muss darum für aufgehoben gehalten werden, weil darauf die Allgemeinheit der reichsgesetzlichen Bestimmung, resp. ihrer Auslegung, vollkommen anwendbar, ein Grund zum Fortbestehen der Ausn., wie beim *foenus naut.*, aber nicht vorhanden ist.

die Zinsen unter b, anlangt, so ist 1) für die Verzugszinsen vom Darlehn fünf Prozent als unbedingte jährliche Zinssumme festgesetzt, beziehungsweise durch konstante Auslegung der reichsgesetzlichen Bestimmung als fixirt zu betrachten, daneben jedoch dem Gläubiger nachgelassen, ein erweisliches höheres Interesse zu fordern. Diese Bestimmung ist auch auf alle die Fälle zu beziehen, in welchen Verzugszinsen oder Zinsen wegen widerrechtlichen Benehmens in Bezug auf fremde Gelder zu entrichten sind, und auf diejenigen, in welchen die römische Zinsbestimmung zwölf Prozent betrug, indem der gedachten reichsgesetzlichen Anordnung die Absicht, die Forderung des Interesses auch für diesen Fall anzuerkennen und im Allgemeinen zu fixiren, zu Grunde liegt, und nicht minder gilt dieselbe für die Fälle, in welchen nach R. R. zwölf Prozent zu entrichten waren, da sie im Grunde ebenfalls wegen Widerrechtlichkeit festgesetzt worden sind und deren Forderung, als die eines Interesses, schon vor jener als anerkannt betrachtet werden muss. Es umfasst mithin diese Bestimmung die vorher unter b, 1) 3) und 4) gestellten Fälle, soweit nicht 2) die der letzten Zahl angehörigen und die fiskalischen Zinsen darum nicht ihnen beigezählt werden können, weil ihnen der Begriff der Widerrechtlichkeit nicht zu Grunde liegt. Für diese besteht die römische Bestimmung mit der Beschränkung auf fünf Prozent als Maximum fort, weil im R. R. in dieser Hinsicht das der konventionalen Zinsen maasgebend war, und also jetzt es dasselbe nach heutiger Fixirung auch nur sein kann. 3) Die römischen Bestimmungen geringerer gesetzlicher Zinsen endlich unter b, 2) bestehen durch die reichsgesetzlichen Verordnungen unberührt fort [47]. — Das Gesammtresultat ist also m. a. W. dieses: der gemeinrechtliche Zinsfuss ist regelmässig auf fünf Prozent als jährliches Maximum gesetzt; überstiegen werden darf er von den Betheiligten beim Seedarlehn, und vom Richter soweit wegen widerrechtlichen Benehmens ein höheres Interesse gefordert und gegründet befunden wird; ein geringerer besteht für gewisse Fälle als gesetzlich und kann ausserdem überall zuerkannt werden, wo das Maximum nicht fixirt ist, und den Umständen nach nicht als gegründet erscheint.

B. Es besteht ferner das Verbot, dass der Betrag rückständiger Zinsen über den Betrag der Hauptschuld (*supra duplum, ultra sortis summam*) anschwellen dürfe. Haben sie diesen erreicht, so tritt die Zinsobligation von da an ausser Wirksamkeit,

[47] Die obigen Sätze sind wiederum Gegenstand mannigfaltigen Streits, indem, wenn einmal überhaupt Zinsen nach R. R. in Deutschland zulässig sind, die Herabsetzung der konventionellen Zinsen schlechthin freilich nicht auf die gesetzlichen übertragen werden kann. Vergl. bei Fritz S. 56 ff. Der Dep.-Absch. von 1600 (s. Anm. [46]) spricht ausdrücklich nur beim Darlehn von Verzugszinsen; indessen war er eine Folge des reichskammergerichtlichen Gebrauchs, anstatt des Interesses 5% zuzusprechen, während dessen Forderung schon durch das kanon. R. überhaupt und namentlich für den Fall widerrechtlich entzogener Benutzung eines Kapitals gestattet war, s. Fritz S. 46 f. und jener gesetzlich sanktionirte Gebrauch über das R. R. sogar hinausreicht, da dieses beim Darlehn keine Verzugszinsen zuliess. Gewiss also muss diese Bestimmung auf die im Text genannten Fälle im Sinn des Gesetzes mit bezogen werden; ders. S. 56. 59 ff. — Nur für die gesetzlichen nicht zu den vorigen zu rechnenden Zinsobligationen, also die nunmehr *pure* dem richterlichen Ermessen unterliegenden, besteht das gesetzliche Maximum fort, also dasselbe wie für Konventionalzinsen, und also jetzt fünf Prozent, und ebenso für die fiskalischen Zinsen, welche ganz fixirt feststehen, s. im Text Nr. 2); ders. S. 57. Soweit hingegen die Zinsen auf eine bestimmte geringere Summe gesetzt sind, muss es dabei bewenden, weil ein Grund zur Erhöhung durchaus nicht vorhanden ist, was Manche, s. z. B. Glück a. a. O. S. 101., behaupten; vielmehr hatten die Reichsgesetze gerade den entgegengesetzten Zweck, und die Ausnahmen vertragen sich mit dem neuen Maximum so gut, wie mit dem römischen.

bis jene ganz oder zum Theil abgetragen sind, und steht von Neuem still, wenn der Zinsenrest wiederum bis zu jener angewachsen ist[48].

C. Zinsen dürfen nicht von Zinsen genommen werden (*usurae usurarum*, Anatocismus), d. h. weder so, dass aufgelaufene Zinsen zum Kapital geschlagen und von dessen vergrösserter Summe wieder Zinsen berechnet werden, noch so, dass aus fälligen und künftigen Zinsen ein neues verzinsliches Kapital gebildet wird (Anat. conjunctus — separatus)[49].

[48] Fr. 26. §. 1. *de Cond. indeb.* c. 10. *h. t.* Die Verordnungen Justinian's, c. 29. 30. *h. t.* Nov. 121. c. 2. (138.), dass selbst die gezahlten Zinsen nur bis zur Summe des Kapitals steigen, und das letztere dann keine Zinsen mehr tragen solle, sind theils restituirt, theils nicht glossirt, und haben also für das praktische Recht keine Bedeutung. Vergl. über dieses Verbot, welches einen ziemlich reichen historischen Stoff hat, W. Sell in s. Jahrbb. Bd. I. Nr. 1. bes. S. 37 ff. Neben der citirten Konst. bedarf es hier keiner Berücksichtigung des älteren Rechts; die c. 27. §. 1. *h. t.* ist nicht etwa auf die nach und nach wirklich gezahlten Zinsen zu beziehen und davon zu verstehen, s. Sell S. 77 ff., sie erkennt vielmehr das Verbot auch für den Fall einer geschehenen Pfandbestellung an. Die praktische Geltung dieses Verbots ist von manchen Aelteren bezweifelt worden, s. Glück a. a. O. S. 109. und die dort Anm. [39] Gen., allein mit Unrecht, s. Fritz S. 62 ff. und Sell S. 88 ff., sie wird auch allgemein anerkannt. Auch leidet diese Regel keine Ausnahmen, deren manche behauptet worden sind, s. darüber Fritz S. 61 f. Die, dass nach dem D.-A. von 1600 §. 139. das Interesse nicht beschränkt ist, ist keine solche, selbst wenn man anstatt dessen den Betrag der dasselbe vertretenden Zinsen vorzöge, s. indessen §. 86. Anm. [32].

[49] Fr. 26. §. 1. *de Cond. indeb.* fr. 27. *de Re jud.* c. 28. *h. t.* c. 3. *de Usur. rei jud.* Sobald jedoch Zinsen wirklich bezahlt sind, und dieser Begriff also für die bisher bestandene Forderung darauf erlischt, können die gezahlten Gelder natürlich an den Schuldner wieder ausgeliehen werden. Nur darf dies nicht *in fraudem legis* geschehen sein, s. nachher im Text. Ob eine Novation der gesammten Schuld, sei es mit oder ohne Eintritt eines neuen Gläubigers oder neuen Schuldners, die Zinsen verzinslich machen könne, ist bestritten, s. darüber Glück a. a. O. S. 119 ff. und die dort Gen. Derselbe hält sie mit Anderen für zulässig, (s. auch Puchta §. 229 ii) da die bisherige Schuld und also auch für die Zinsen diese Eigenschaft dann erlischt, und man beruft sich deshalb auch auf mehrere Stellen, welche Verzinsung der Zinsen lehren, in denen zwar nicht eigentlich eine Novation vorgeht, aber doch eine andere Person, der Verwalter fremder Gelder die erhobene Hauptschuld sammt Zinsen schuldig wird, oder schuldig war und somit letztere hätte vereinnahmen und wieder anlegen sollen, s. fr. 7. §. 17. fr. 58. §. 1. 4. *de Admin. et periculo*, fr. 10. §. 3. *Mandati* oder wenn Jemand für einen Anderen Kapital und Zinsen gezahlt hat, und die Erstattung beider verlangt, fr. 12. §. 9. *Mand.* fr. 37. *h. t.* (fr. 12. §. 6. *Qui potior.* versage dies darum, weil in dem darin vorausgesetzten Fall *magis suum quam alterius negotium gessit*, dieser Fall stehe nur der Cession gleich; dass diese an der Forderung nichts ändere, wird nicht bezweifelt, vergl. Glück S. 122. — Eine Anzahl anderer limitirender und modifizirender Meinungen für gewisse Fälle s. bei Glück S. 173 ff., sie sind alle ungegründet und stossen ziemlich das ganze Verbot um.) Dagegen hat Fritz S. 64 f. neuerlich wieder die Ansicht vertheidigt, dass eine privative Novation sowohl durch die allgemeine Fassung der c. 28. *d.* als durch ihren Sinn ausgeschlossen werde. Unleugbar ist diese so entschieden, dass die entgegengesetzte Meinung einen Angriff auf den klaren Sinn enthält und als Limitation besonderer Begründung bedarf. Eine solche findet sie nun nach m. E. in keiner der citirten Stellen, denn hier ist es ja in der That nicht dieselbe Schuld, in welche ein anderer Gläubiger oder Schuldner eintritt, sondern eine Schuld von gleichem Belauf, wie Kapital und Zinsen; auch ist in allen vorausgesetzt, dass die Zinsen wirklich gezahlt, oder zur Strafe als gezahlt zu betrachten seien. Diese Fälle sind also auch nicht einmal als Ausnahmen von der Regel zu betrachten, sondern stehen mit ihr in vollem Einklang, so gut wie der z. A. dieser Anm. erwähnte Satz. Demnächst aber scheint mir auch die Novation von Seiten des Gläubigers wenigstens in den Worten des Gesetzes: — *et totius summae usuras stipulari*, ausdrücklich verboten, denn das ist ja doch offenbar nur durch Novation möglich,

Die Ueberschreitung dieser drei Zinsverbote und Beschränkungen ist, soweit sie die auf Privatwillkühr beruhenden Zinsen betrifft, Zinswucher; rücksichtlich höherer zuerkannter gesetzlicher Zinsen würde eine Widerrechtlichkeit begangen sein. In Ansehung angenommener gezahlter Zinsen sind die Folgen dieselben. Der Zinswucher ist zugleich ein Kriminalverbrechen und gehört daher in dieser Beziehung in das Kriminalrecht. Ueber seine civilrechtlichen Folgen aber und mithin über die Natur seiner selbst als Voraussetzung dazu gilt Folgendes. Bei der Mannigfaltigkeit der Geschäfte im Geldverkehr und deren Ausbildung im Interesse des Gläubigers wäre es leicht möglich, die Zinsverbote zu umgehen, namentlich das erste und dritte, und mit ihrem wörtlichen Sinn in Uebereinstimmung zu bleiben. Daher ist auch jedes Zuwiderhandeln gegen den Geist und Sinn derselben (*in fraudem legis*) ebenso verboten; so namentlich: Bestimmung einer das gesetzliche Zinsmaximum übersteigenden Geldstrafe anstatt der Zinsen[50], oder einer mit Zurechnung der ausgemachten Zinsen das Maximum übersteigenden für den Fall, dass jene nicht pünktlich gezahlt werden sollten[51], oder die Uebereinkunft, dass, wenn eine unverzinsliche Schuld nicht zur rechten Zeit gezahlt werde, eine grössere dasselbe Maas übersteigende gezahlt werden solle[52]. Dahin würde auch Zahlung der höchsten Zinsen in einer besseren Münzsorte, als der der Hauptschuld, z. B. in Gold, wenn diese in Silber besteht, gehören. Ferner sind Leistungen anderer Art anstatt der Verzinsung, deren Betrag das Zinsmaximum übersteigt, oder dergleichen ausser und neben versprochenen geringeren Zinsen ebenfalls durch die Zinsverbote begrenzt, nur kann eine solche Ueberschreitung nicht mit jedem grösseren Gewinn angenommen werden, welchen der Gläubiger zieht oder ziehen kann und den andererseits der Schuldner aufgiebt, sondern, wenn nicht die Absicht des Zinswuchers erweislich ist, nur dann, wenn die Umstände diesen Erfolg offenbar bestätigen, und namentlich wenn der Gewinn auf direkte Weise eine höhere Summe gewährt; doch kann

oder mindestens dieselbe das geeignetste und nächstliegende Mittel dazu. Der neu eintretende Schuldner aber wird ebenso gewöhnlich ein wahrer Intercedent sein, also m. a. W. dieselbe Schuld übernehmen. Die Praxis, welche oft laxer zu sein pflegt, und die Novation passiren lässt, sobald sie nicht *in fraudem legis* geschieht, ist also theoretisch nicht zu begründen; es lässt sich zwar nicht verkennen, dass oft dem Schuldner, der sich nur augenblicklich nicht helfen kann, damit u. U. sogar ein Gefallen geschieht, wenn der Gläubiger zur Sicherung seines Vortheils nicht genöthigt ist, ihn auf die Zinsen auszuklagen, sondern im beiderseitigen Interesse ein solches Abkommen getroffen werden kann, dennoch kann jener Praxis um so weniger ein entscheidendes Gewicht beigelegt werden, als sie sich gar nicht als eine allgemeine nachweisen lässt, sondern nie ohne Widerspruch geblieben ist, s. die von Glück Anm. [55] Gen., der sich auch gleich Anderen nicht darauf zu ihrer Vertheidigung beruft, sondern auf Gründe der Interpretation. — Von Puchta wird §. 228. [1] auch behauptet, dass jetzt Zinsen von den in einem Judikat enthaltenen Zinsen gefordert und zuerkannt werden könnten, weil das desfallsige Verbot nur durch den hohen römischen Zinsfuss (s. Anm. [37]) bedingt sei und Sinn habe, dieser aber jetzt weggefallen sei. Ich finde aber in c. 3. pr. *de Usur. rei jud.* das Gegentheil schon durch die Worte: *non autem usurar. quantascunque usuras*, berücksichtigt, und auch abgesehen davon den angeführten Grund nicht triftig. Vergl. auch Unterholzner a. a. O. S. 327. m). Der etwanigen Analogie von der Novation steht das vorher darüber Bemerkte entgegen. Mir ist auch kein Zeugniss einer etwa hierin abweichenden Praxis bekannt, wiewohl dieser gerade in der Lehre von den Zinsen aus guten Gründen ein freierer Wirkungskreis würde eingeräumt werden dürfen. — Ueber die Frage, ob höhere Verzugszinsen *a tempore morae* gefordert werden können, als wenn niedrigere Konventionalzinsen ausgemacht worden, s. Struben R. Bed. Bd. II. Nr. 363. und *Kind Quaest.* T. IV. c. 55. Sie ist zu bejahen.

[50] Fr. 44. *h. t.*

[51] C. 16. *h. t.*

[52] Fr. 13. §. 26. *de A. E.* c. 15. *h. t.*

auch ein Vertrag der Art je nach den Umständen einen ganz anderen Charakter als den eines blossen Zinsvertrags annehmen [53]. Es ist gleichfalls als den Zinsbeschränkungen zuwider verboten, von einer darzuleihenden Summe unter irgend einem Titel, als z. B. Provision, Zählgeld u. dergl., Abzüge zu machen und dann die Summe in ihrem vollen Betrag verzinsen zu lassen [54]; dagegen ist der Vorabzug der erlaubten Zinsen von dem vorgestreckten Kapital, so dass dieses demungeachtet den vollen Nominalbetrag behält, sowie die Vorausbezahlung der Zinsen auf eine andere Weise nicht schlechthin als verboten anzusehen, sondern nur dann und soweit, als der beabsichtigte Zinswucher offenbar ist, oder aus den Umständen eine wirkliche Uebervortheilung des Schuldners hervorgeht, wobei denn also namentlich die Höhe des Zinsfusses und die Zeit, auf welche hinaus der Vorabzug oder die Vorauszahlung der Zinsen geschehen, maasgebend sein werden. Uebrigens kann dann die Rückzahlung des Kapitals vor der Zeit, bis wohin die Zinsen vorausbezahlt worden, nicht gefordert werden [55]. — Jede unmittelbare oder mittelbare Ueber-

[53] C. 14. 16. 17. *h. t.* (vergl. Anm. [8]). Die Gelegenheit, unerlaubten Gewinn auf solche Weise zu ziehen, ist so mannigfaltig, dass sich das Einzelne in umfassenderen Andeutungen nicht näher legen, und die Grenze des erlaubten ebensowenig auf bestimmtere Weise ziehen lässt, als dies im Text versucht ist. Die citt. Konst. bestätigen und erläutern dies an den darin enthaltenen Beispielen. So, wenn nach der ersten, anstatt Zinsen zu zahlen, die Bewohnung eines Hauses verstattet worden, wird dies, wenn der Gläubiger wirklich darin wohnt, bis zum Beweis des beabsichtigten Wuchers nur als eine wohlfeile gute Miethe anzusehen sein; wenn er es aber vermiethet und daraus einen das Zinsmaximum übersteigenden Gewinn zieht, so ist der Begriff des Wuchers eingetreten. Im ersteren Fall, und wenn nur das Bewohnen beabsichtigt worden, würde aber eine Art unbenannten Vertrags vorhanden sein. Auch können sich die Umstände so gestalten, dass der Gläubiger, um überhaupt einen, also auch einen grösseren Gewinn zu ziehen, erst eine gewisse Thätigkeit entwickeln muss, s. c. 17. *d.*, wonach denn freilich nur der reine Gewinn in Anschlag kommen kann; ist dieser aber nicht von einer so absoluten Art, dass ihn Jeder hätte ziehen können, sondern nur der Gläubiger, so kann in der verstatteten Gelegenheit, einen solchen zu machen, offenbar kein Wucher angenommen werden.

[54] C. 26. §. 1. *h. t.* vergl. Glück a. a. O. S. 72 f.

[55] In fr. 57. pr. *de Pactis*, fr. 2. §. 6. *de Doli mali exc.*, sowie in fr. 122. pr. *de V. O.* ist der obige letzte Satz ausdrücklich ausgesprochen, auch die Vorausbezahlung der Zinsen im Allgemeinen als rechtlich möglich anerkannt; über die Gestaltung der Fälle im Einzelnen aber, sowie über den Vorabzug der Zinsen vom gegebenen Kapital, herrschen mannigfaltige Ansichten. Manche sind der Meinung, dass der Abzug der Zinsen vom Kapital nach c. 26. §. 1. *d.* direkt verboten, und also nur das wirklich Empfangene zu verzinsen sei, so dass die später gezahlten grösseren Zinsen vom Nominalbetrag des Kapitals zum Theil immer Abzahlungen auf dieses enthielten, s. z. B. Vangerow (nach Röder civil. Abh. S. 84 ff. 88 ff.) Bd. I. S. 96. Puchta §. 229. [hh]); dies ist nur möglich, wenn man *siliquae* für Zinsen versteht, s. darüber Glück S. 72. und Fritz S. 68 ff.; liesse sich selbst diese Bedeutung, aber nur als eine indirekte, neben der hauptsächlichsten ($^1/_{24}$ eines *solidus*), wonach *sil.* mit den bei Anm. [54] erwähnten Abzügen gleichbedeutend erscheint, nachweisen, — m. W. ist dies noch gar nicht geschehen, — so ist doch nicht der entfernteste Grund denkbar, warum Justin. in c. 26. *d.*, wo er von den Zinsen express handelt, und wiederholt, auch unmittelbar in demselben Satz *usurae* gebraucht, sich dieses zweideutigen Ausdrucks dafür sollte bedient haben. Es könnte also das Verbot des Abzugs nur auf einem Schluss beruhen, oder auf Analogien von den wirklich gesetzlich begründeten Verboten und Anordnungen wider Versuche *in fraudem* derselben. Einen solchen Schluss vermag ich nun zwar aus der c. *d.* nicht als gerechtfertigt anzuerkennen, denn auch die Worte *nam si quid etc.* beziehen sich nur auf die vorher genannten Abzüge. Dagegen leuchtet von selbst ein, dass sich in dem unbedingten Gestatten eines solchen Abzugs ebensowohl wie in der Vorauszahlung dem Wucher ein sehr fruchtbares Mittel darbieten würde, und der

schreitung der Zinsverbote und Beschränkungen ist eine nichtige Handlung; es ist

Geist und das Princip der Zinsverbote einen solchen Schleifweg, trotz dem Schweigen der Gesetze, nicht dulden kann. Nur fragt sich, wo hier die Grenze des Erlaubten aufhöre? Denn andererseits ist ebenso wenig zu verkennen, dass Beabredungen der Art auch lediglich im Interesse des Schuldners geschehen können. Er gewinnt dadurch nicht nur die Sicherheit, das Kapital eine bestimmte Zeit ungekündigt zu behalten und frei über seine Mittel disponiren zu können, sondern es kann namentlich auch die Sorge für künftige richtige Zinszahlung und die oft kostspielige Uebersendung an einen vielleicht entfernt wohnenden Gläubiger dadurch beseitigt werden. Wenn man ferner darüber so ängstlich wachen will, dass der Schuldner ganz genau nicht mehr als 5% jährlich zahlen solle, so darf man doch andererseits nicht vergessen, dass dies nicht dergestalt angeordnet worden ist, dass der Gläubiger die ganzen Zinsen erst nach Ablauf des Jahrs erhalten solle, sondern es ist eine z. B. monatliche Vertheilung der 5% ganz unbedenklich zulässig; viertel- und halbjährige Zahlung ist ja bei grossen Kapitalien ohnehin gewöhnlich. Auf diese Weise kann also der Gläubiger erlaubter Weise früher in den Besitz des Gelds gelangen, und man kann mit Recht sagen, dass der Gläubiger durch Jahrs-Zahlungen postnumerando allemal zu kurz komme, indem doch der Verfall der jährlichen Zinsen eigentlich auf das ganze Jahr zu vertheilen ist (s. §. 41. Anm. [36]), er also mit Ausnahme des letzten Tags für alle übrigen zu spät bezahlt wird. Aufbringen ferner muss der Schuldner ja das Geld doch, es kann sich mithin bei Abzügen und Vorausbezahlungen für ihn nur darum handeln, dass er das Geld theilweise so lange Zeit über nicht, sondern statt dessen der vorausbezahlte Gläubiger nutzen kann, als jener es bei Postnumeration in Händen behalten hätte. Die Existenz der genannten Gesetzstellen und die der Zinsverbote andererseits haben nun seit früheren Zeiten sehr verschiedene Ansichten befördert, vergl. Glück a. a. O. Fritz a. a. O. und die dort Gen., ferner *Kind Quaest.* IV. c. 51. et ibi citt. Die offenbar unrichtigen und unhaltbaren sind jetzt wohl so ziemlich verlassen. Von den Neueren halten manche den Abzug für verboten (s. aber vorher ihren Grund), die Vorauszahlung für nicht unstatthaft, z. B. Puchta a. a. O. Bei Wening Bd. III. S. 21. ist des ersteren gar nicht gedacht; der zweiten mit dem Zusatz, dass kein Wucher darunter versteckt sei, sonst könne das Zuvielgezahlte später in Anrechnung gebracht werden. Vangerow a. a. O. hält den Abzug für verboten, so dass sich das Kapital um das Abgezogene von selbst vermindere, und die Vorauszahlung nicht minder, wenn das Zinsverbot überschritten werde. Eine solche Uebertretung nimmt er so lange nicht an, als die [nicht das Maximum erreichenden, z. B. 3 oder 4%] pränumerirten Zinsen mit den davon bis zum wirklichen Zahlungstag zu ziehenden landesüblichen Zinsen das Maximum nicht überschreiten; entgegengesetzten Falls (also wenn die vertragsmässigen das Maximum erreichen, immer) müsse, soweit dieselben zusammengerechnet mit ihren Zinsen dasselbe übersteigen, Zinswucher angenommen, und das Zuvielbezahlte auf das Kapital als gezahlt angerechnet werden. Z. B. wenn von 1000 Zinsen zu 5% auf das Jahr vorausbezahlt werden, also 50, so sei es so gut, als wären $52\frac{1}{2}$ bezahlt, mithin das Kapital nur noch $997\frac{1}{2}$ stark. Gleicher Ansicht über das Verbot der Vorauszahlung ist Fritz S. 66 ff., während er den Vorabzug der Zinsen nicht in c. 26. *d.* begriffen (S. 70 f.), denselben aber (wenn ich ihn recht verstehe) ebenfalls durch das Zinsverbot für bedingt und beschränkt erachtet; nur rechnet er anders als Vangerow. Er will nämlich die vorausgezahlten Zinsen sogleich vom Kapital abziehen, und von da an für den Rest [dem Schuldner zu Gute kommende] Zinsen rechnen, aber nicht die bedungenen, sondern die höchsten, und diese zu dem Rest addiren; komme hierdurch das ursprüngliche Kapital oder mehr heraus, so sei kein Zinsverbot überschritten, und dem Gläubiger das ursprüngliche Kapital zu zahlen; wo nicht, so sei das Gesetz um das, was weniger herauskomme, überschritten und der Gläubiger habe dann nur die geringere hiernach zu berechnende Summe zu zahlen. Er hat dazu folgende Beispiele aufgestellt: wenn von einem Kapital von 1000 zu 4% die Zinsen mit 40 vorausgezahlt werden, so geben die übrigen 960 zu 5% = 48, diese zu den 960 gerechnet, gebe 1008, mithin habe ein solcher Vertrag nichts gegen sich. Dasselbe Beispiel mit ursprünglich 5% vorausbezahlten Zinsen gedacht, ergebe, dass nur $997\frac{1}{2}$ zurückgezahlt zu werden brauchen.

mithin keine Forderung der das gesetzliche Maas überschreitenden Zinsen mög-

Würden endlich z. B. von 1000 auf 10 Jahre zu 5% die Zinsen mit 500 vorausbezahlt, so betragen von diesen die Zinsen 250, und diese würden zu dem wirklich empfangenen Rest von 500 hinzugerechnet, und also habe der Schuldner 750 zu zahlen. — Es scheint mir fast, als wenn die auf diesem Weg sicheren arithmetischen Resultate im Vergleich zum Zinsmaximum die Schriftsteller veranlasst hätten, die juristische Nothwendigkeit dazu ohne Weiteres anzunehmen, und stände diese fest, so käme man mit jener allerdings über alle entstehenden Fragen hinweg. Abgesehen aber selbst davon, was ich vorher über die, von ihnen ohne Weiteres vorausgesetzte, Zahlung der Jahrszinsen nach vollem Jahrsablauf bemerkte, wodurch sich die Rechnung modifiziren muss, bemerke ich Folgendes. Ich vermag keinen rechtlichen Grund zu erkennen, aus welchem mit Vangerow der Gläubiger sich die Anrechnung der Zinsen von den Zinsen gefallen lassen müsste. Die Pandektenstellen enthalten keine Spur davon; die dritte betrachtet vielmehr das Angebot der Summe, wovon dreimonatliche Zinsen vorausbezahlt waren, nur dann als in der Ordnung, wenn die ganze Summe ohne Abzug angeboten werde. (Vergl. *Lud. Charond ad h. l.* (*Thes. Ott.* T. I. p. 835 sq.) *A. G. Costan. Quaest.* cap. 5. §. 7. 8. (ib. V. p. 390.), der aber über den *locus sol.* irrt; die Interpr. des *F. M. Gordon. praeterm. jur. civ.* c. 4. (ib. II. p. 837 sqq.) halte ich für verfehlt.) Allenfalls liesse sich eine solche Verpflichtung dann erklären, wenn die vorausgezahlten Zinsen ohne Weiteres sofort von selbst dem Empfänger Zinsen trügen, aber wie, wenn er sie unbenutzt liegen lässt, oder z. B. kleinere Summen gar nicht dergestalt anlegen kann? Warum ferner soll im zweiten Fritz'schen Beispiel der Schuldner $2^1/_2$ gewinnen, während er mit den empfangenen 950 doch mehr als $47^1/_2$ verdienen kann? Andererseits sind ihm ja aber auch diese nicht einmal sicher. Konsequenter und natürlicher wäre es also auf jeden Fall, die im Voraus vom vorgestreckten Kapital abgezogenen Zinsen von diesem ganz und gar zurückzurechnen und die versprochenen Zinsen nur vom Rest entrichten zu lassen. Nicht zwar so die auf andere Weise vorausgezahlten, da der Zahler das Kapital doch schon hat. Dagegen ist es andererseits unverkennbar, dass Konsequenz hierin die bequemste Umgehung der Zinsverbote eröffnen würde und dass man damit sogar zu Absurditäten gelangen könnte. Ich kann daher in Erwägung aller dieser Gründe meine Ansicht nur dahin feststellen, dass man bei Beurtheilung der Frage, ob Zinswucher in solchen Fällen, also sowohl beim Abzug als der Vorauszahlung, anzunehmen sei, auf die Umstände Rücksicht nehmen müsse, namentlich auf die Zeit, auf welche hinaus Zinsen bezahlt werden, also die Summe im Vergleich zum Kapital, und auf die etwa vorliegenden besonderen Motive. Angewendet dies auf die vorherigen Beispiele, wie sie nackt hingestellt sind, so würde ich in keinem ausser dem letzten eine unerlaubte Zinsmaasregel finden, in diesem aber die Zahlung auf das Kapital selbst als geschehen, resp. bei geschehenem Abzug dies nur zum Theil als empfangen, betrachten; denn für den letzteren Fall läge sonst hier eine offenbare Absurdität der Handlung vor, für den ersteren aber kommt man auf dasselbe Resultat hinaus, wie Fritz, d. h. wenn der Schuldner nun das Rest-Kapital der 500 noch zehn Jahre lang (zu 5%) behält, so hat er im Ganzen am Ende auch nur 750 zu zahlen, wenn die Jahrszinsen nicht früher gefordert oder gezahlt werden. Sind nur 4 oder 3% zu zahlen, so würde eine Vorauszahlung jeder einzelnen jährlichen Zinssumme nie ein Bedenken haben; also auch nicht der Abzug der erstmaligen vom Kapital, bei 5% nach m. E. auch nicht, da die Pandektenstellen doch wenigstens von einem üblichen Zinstermin (fr. 122. pr. *de V. O.* spricht sogar von dreien) verstanden werden müssen, und deren jetzt übliche Ausdehnung auf ein Jahr daran nichts ändern kann, auch wegen der Prä- und Postnumeration der Jahrszinsen das oben schon Bemerkte hier entscheidend wird. Die Vorauszahlung oder der Abzug mehrjähriger Summen auf einmal aber ist immer bedenklich, sobald nicht der Zinsfuss so niedrig ist, dass die einjährige Zinssumme zu 5% gerechnet nicht dadurch erreicht würde, wogegen wohl Niemand etwas einwenden wird, und um so mehr, je grösser das Kapital ist; allein es lassen sich auch hier Gründe denken, welche es zulässig erscheinen lassen müssen. Man nehme den Fall, dass Jemand, der nur von seinen Zinsen lebt, und auf deren promtes Eingehen rechnen muss, einem Kaufmann ein Kapital von 3000 zu 4% auf 3 Jahre leiht, —

lich[56], weder durch Klage, noch durch Exceptio. Die bezahlten, mag dies wissentlich oder irrthümlich geschehen sein, können entweder auf das noch schuldige Kapital abgezogen werden[57], indem die Zahlungen auf dieses gerechnet werden und es von selbst vermindern sollen, oder als nicht schuldig zurückgefordert werden[58].

§. 88.

D. *Von Strafen.*

Strafen, das sind hier Nachtheile in vermögensrechtlichen Beziehungen, und zwar meist Entrichtung von Geldsummen betreffend, welche nicht lediglich den Zweck haben, einen reinen Ersatz für einen Verlust zu gewähren, andererseits aber auch nicht nothwendig einen reinen Gewinn zu verschaffen, sind auf mannigfache Weise Gegenstand von Obligationen geworden[1]. Sie sind nämlich:

oder schon früher vorgestreckt hat, — womit dieser nach Ostindien gehen und dort ein Geschäft machen und dann zurückkehren will, ohne Jemand hinterlassen zu können, (oder nur mit anderweitem Aufwand, Umständen und Risiko,) der hier die Zinsen für ihn zahlt. Warum soll es nicht gestattet sein, die Zinsen vorweg abzuziehen? Die ganze Differenz, welche er, wenn man sich für ihn das Ganze zinstragend denkt, oder dass der Gläubiger das Geld sogleich zu 5% anlege, mehr zahlt, als wenn er postnumerando jede Jahrsrente abtrüge, wäre etwa 25, und wenn pränumerando (s. vorher) nur etwa 13. So geringe Summen können aber unter solchen Umständen unmöglich als Zinswucher angesehen werden, ohne eine Rechtswohlthat zur Plage und zum Hemmschuh ganz unverfänglicher Geschäfte zu machen. Dass bei dieser Abhängigkeit der Grenze von den Umständen nicht selten zu Meinungsverschiedenheit Veranlassung sein werde, ist allerdings wahr, aber bei dem Inhalt der Gesetze im Vergleich zur Gestaltung der Dinge unvermeidlich, wenn man nicht einen willkührlichen Maasstab substituiren will.

56 Fr. 26. §. 1. *de Cond. indeb.* c. 16. 20. 26. §. 1. *h. t.* bis zum gesetzlichen Maås bleibt die Forderung bestehen, fr. 9. pr. 29. *h. t.*

57 C. 26. §. 1. *d.*

58 Fr. 26. pr. *de Cond. indeb.* c. 18. *h. t.* Die Frage von dem Verhältniss dieser beiden Stellen zu einander führt zu der weiterreichenden über die Rückforderung gezahlter nichtschuldiger Zinsen überhaupt, wobei folgende Fälle zu unterscheiden sind: 1) die verbotenen Zinsen, s. die cit. Stellen, durch deren zweite die umfassendere, früher unter den röm. Juristen bestrittene (s. *Paulus S. R.* II. 14. §. 2.) Meinung bestätigt wurde, dass die Rückforderung auch dann Statt haben solle, wenn die Zinsen auch mit oder nach dem Kapital gezahlt worden seien. Vergl. noch Röder a. a. O. S. 112 ff. und Vangerow Bd. I. S. 95. [6. Ausg. S. 128 ff.] über eine gewöhnlich von dieser c. gemachte unrichtige Anwendung auf den folgenden Fall irriger Zinszahlung. 2) Wissentliche Zahlung von Zinsen innerhalb des gesetzlichen Maases von einem unverzinslichen Kapital; sie begründet natürlich keine Rückforderung. Wegen irrig gezahlter nimmt man gewöhnlich nach fr. 26. pr. *d.* dasselbe an, weil hier eine *natural. obl.* kraft Anstandspflicht vorhanden sei. Nach fr. 5. §. 2. *de Solut.* und fr. 102. §. 3. *eod.* sollen sie aber auf das Kapital abgerechnet werden, und dies ist als Grund der versagten *cond. indeb.* anzusehen, die erst eintritt, wenn dieses getilgt ist. Vergl. H. Witte die Bereicherungsklagen, S. 69 ff. 3) Zahlung von Zinsen von einem nichtschuldigen Kapital; hier können dieselben unter allen Umständen zurückgefordert werden, fr. 26. §. 2. *d.* 4) Sind endlich höhere Zinsen als man schuldig ist, jedoch innerhalb des gesetzlichen Maases gezahlt, so können nur die gewöhnlichen Grundsätze der *cond. indeb.* zur Anwendung kommen.

1 Die Strafe ist unabhängig von dem Begriff des Schadensersatzes und der *rei persecutio*, beide können aber im Betrag der ersteren enthalten sein, s. Bd. I. S. 252 ff., und in den Obligationsverhältnissen, aus welchen die daselbst als uneigentliche Strafklagen bezeichneten entspringen, gehen beide Begriffe in einander über, indem sich die Strafe nicht über den Betrag der Entschädigung erhebt. Auf die verschiedene Art der Bestimmung und Ermittelung des Betrags kommt es hier nicht an, auch bietet sie keine allgemeinen Gesichtspunkte dar, sondern es wird davon bei den einzelnen das Weitere folgen. Wegen des Gegenstands der Strafe s. Anm. 3.

I. Inhalt der als eine besondere Art der Klagen zu unterscheidenden Strafklagen, s. §. 29. II. b., welche namentlich den aus Vergehen entspringenden Obligationen angehören, unter denen freilich die Mehrzahl der praktischen den Charakter der Strafe abgestreift und nur den der Entschädigung oder *rei persecutio* behalten hat, wozu dem Verletzten jedoch dann oft ein leichterer Weg eröffnet ist.

II. Ausserdem äussert sich der Begriff der Strafe nicht so in selbstständiger und unabhängiger Weise, sondern in Verbindung und gelegentlich bei anderen Verhältnissen in zahlreichen Gestaltungen, wobei denn überall dieselbe als eine für ein gewisses widerrechtliches Benehmen rechtlich festgesetzte Folge erscheint. So z. B. in der Statthaftigkeit des Würderungseids, s. §. 86. II. b., in den Folgen der Selbsthülfe, s. §. 28. I., der Handlungen, vermöge welcher ficta possessio angenommen wird, s. §. 52. I. 2), s. ferner §. 29. Anm. 17., §. 93. Anm. 47., der Verlust mancher Forderungen oder Exceptionen zur Strafe, die Folgen gewissenlosen Leugnens der Existenz gewisser erhobener Ansprüche, namentlich auch im Prozess, s. §. 101. Nr. III. u. s. w.

III. Auch durch Willkühr der Betheiligten kann in der Regel eine Strafe Gegenstand eines Rechtsverhältnisses werden, nämlich immer, sobald sie nicht ausdrücklich verboten ist[2]. Hierher namentlich[3] gehört die Konventionalstrafe, d. i. ein durch Uebereinkunft in Zusammenhang mit einer anderen Leistung festgesetzter Nachtheil für den Fall, dass jene gar nicht, oder nicht vertragsmässig und gehörig erfüllt würde[4]. Sie hat zunächst den Zweck, eine andere Obligation zu bestärken und zu sichern[5], es ist ferner darin ein Mittel gegeben, das Interesse derselben

[2] 1) Fr. 134. pr. *de V. O.* c. 5. in f. *de Sponsal.* c. 8. *de Inutil. stip.* 2) fr. 44. *de Usur.* fr. 13. §. 26. *de A. E.* 3) fr. 61. *de V. O.* 4) fr. 123. *de V. O.* Vergl. Savigny System Bd. III. S. 181 ff. 174. 176. S. o. Bd. I. S. 178. — Wenn es übrigens in fr. 38. §. 17. *de V. O.* heisst, es komme bei der *poenae stipul.* nicht darauf an, ob der Gläubiger bei der Hauptobl. ein Interesse habe, so ist das doch nur für den Fall ihres Bezugs auf Dritte verstanden, worin eine Ausnahme liegt, vergl. Anm. [9]; nach m. A. kann davon keine weitere Ausdehnung gemacht werden, sondern, wenn es einer Obl. von vornherein für den Gläubiger an Interesse fehlt, so halte ich die Strafkonv. ihrer accessorischen Natur gemäss für wirkungslos, s. Anm. [9].

[3] Eine Strafe kann auch durch letztwillige Verfügung angeordnet werden, s. fr. 24. *Quando dies*, darüber im Erbrecht, Bd. III. §. 171. bei Anm. [4]. Der röm. Ausdruck für Konv.-Strafe ist *poenae stipulatio* auch *stipulationis poena*, §. 19. *I. de Inutil. stipul.* fr. 10. §. 1. *de Pactis*, fr. 15. *de Transact.* fr. 42. *de Recept.* c. 5. in f. *de Sponsal.* Sie kann in Geld wie in anderen Gegenständen bestehen fr. 11. §. 2. *de Recept.*, fr. 9. §. 1. fr. 12. 17. §. 4. *de Usur.*, und überhaupt ist jeder beabredete rechtliche Nachtheil darunter begriffen, der nicht unter andere bestimmte Formen, namentlich die verwandte *lex commissoria* fällt, s. §. 101. Die Grösse der Strafe ist zwar der Willkühr der Betheiligten überlassen, fr. 32. pr. *de Recept.*, s. jedoch §. 87. bei Anm. [59]. Vergl. wegen mancher erhobenen Zweifel in Ansehung des Strafbetrags Glück Komm. Bd. IV. S. 532. Anm. 3. jetzt auch Vangerow Leitf. Bd. III. §. 614. II. Die c. un. *de Sent. quae pro eo etc.* hat hierauf keine Anwendung. Nach fr. 4. §. 3. *de Doli exc.* steht, wenn die Strafe nur Sicherung des Ersatzes einer bestimmten Summe (60) bezweckt, und aus Versehen ein höherer Strafbetrag (100) bestimmt ist, der Forderung des Mehrbetrags die *exc. doli* entgegen.

[4] §. 7. *I. de V. O.* fr. 11. §. 2. *de Recept.* fr. 132. pr. *de V. O.* (*verb. igitur si etc.*) fr. 15. *de Transact.* Möglicher Weise kann die Strafe auf den Verzug und nicht auf die blosse Nichterfüllung gesetzt sein, was wegen der Zeit ihres Eintritts sehr zu beachten ist. — Eine dem Gläubiger gestellte Konv.-Strafe ist in Verbindung mit seiner §. 93. B. 1. 2, erwähnten Obliegenheit zu verstehen, widrigen Falls müsste eine eigentliche Obl. zur Zurück- und Annahme des schuldigen Objekts eingegangen sein.

[5] C. 1. *de Recept. arbitr. verb. et ob hoc etc.* Da hierdurch *obl. faciendi* und *non fac.* begriffen werden, so halte ich eine Absonderung des Zwecks der Strafen und deren Erörterung nach

durch Willkühr zu bestimmen, um seinem Beweis überhoben zu sein[6], überhaupt aber steht die Obligation der Strafe zu der anderen in folgendem Verhältniss. Die Erfüllung der Leistung aus dieser letzteren schliesst die Wirksamkeit der Strafkonvention aus, die Nichterfüllung dagegen ist für den Verfall der Strafe Bedingung, aber von eigenthümlicher Art, indem eine solche Konvention unbedingt nicht möglich ist und die Bedingung nothwendig in eine Handlung des Schuldners gesetzt werden muss[7]. In sofern also erscheint die Strafkonvention in der Eigenschaft

diesen beiden Beziehungen nicht weiter für nöthig; nach R. R. tritt übrigens der Gesichtspunkt, dass durch dieselben auch nicht klagbare Obl. indirekt Wirksamkeit erlangen konnten, mit weiterem Umfang hervor, vergl. Unterholzner Bd. I. S. 249. u. nachher Anm. 31.

[6] §. 7. *I. de V. O.* u. fr. ult. *Si quis in jus voc.* fr. ult. *de Stipul. praetor.*

[7] Fr. 44. §. 6. *de O. et A.* fr. 38. §. 17. *de V. O.* fr. 12. *de Usur.* Dieses Verhältniss ist als ein Beweisgrund dafür benutzt worden, dass es Bedingungen gebe, deren Erfüllung dem Schuldner anheimgegeben sei, s. Bd. I. S. 171. Das trifft zwar für die Konventionalstrafen in soweit zu, dass sie verfallen, wenn der Schuldner das thut oder unterlässt, worauf dieselbe gesetzt ist; die hierin enthaltene Bedingung für jene grenzt aber einmal ganz nahe an die Voraussetzung, indem die Konventionalstrafe immer von dem Eintritt jener Bedingung abhängt, und ohne eine solche nicht denkbar ist; aber auch abgesehen hiervon kann, bei der ganz eigenthümlichen Natur derselben im Vergleich zu anderen bedingten, nur Eine ausmachenden Obligationen, darauf kein allgemeiner Satz der Art gegründet und daraus gefolgert werden. Der Schuldner ist nämlich hier zur Hauptobligation fest und unbedingt gehalten; um dies noch mehr zu sichern, ist die Beabredung der Strafe hinzugefügt, deren Verfall hängt mithin nothwendig davon ab, ob der Schuldner der Hauptleistung genügt oder nicht, und in sofern ist diese Bedingung freilich in seine Willkühr gestellt; es könnte, mit anderen Worten, nicht anders sein, ohne den Charakter der Konv.-Strafe zu verwischen. Das Rechtsverhältniss selbst also ist nicht seinem Belieben anheimgegeben, sondern an sich schon existent, und kann ja auch nach Verfall der Strafe selbst dann geltend gemacht werden, wenn diese das Interesse ganz ersetzen soll, sobald nur nicht das Gegentheil ausgemacht ist, s. bei Anm. 28. Es hängt also hier keineswegs vom Schuldner ab, ob er überhaupt etwas schuldig werden will, sondern nur, ob er es dahin kommen lassen will, etwas Anderes anstatt des Geschuldeten, oder ausser demselben noch etwas schuldig zu werden. Zwar entsteht nun im letzteren Fall allerdings eine Forderung durch seine Handlung, allein dann nur als eine accessorische zur Hauptforderung, welche ihrerseits dieser Willkühr enthoben ist, und worin immer der Grund und Anhalt zu jener liegt; und in dieser Hinsicht ist ja Vieles in die Hand des Schuldners gegeben, wie die Lehren von der Nichterfüllung schuldiger Leistungen, vom Verzug und dem Interesse ergeben, so dass durch sein obligationswidriges Handeln der Gegenstand der Hauptleistung wachsen kann. Mit scheinbar grösserem Recht könnte diejenige Art bedingter Obligationen, welchen im Text die Konventionalstrafe gegenübergestellt wird, als Beleg für den Eingangs der Anm. gedachten Satz genannt werden. Allein auch diese geben keineswegs das Schuldverhältniss selbst der Willkühr des Schuldners anheim, sondern es steht hier in der That dem Schuldner frei: das Eine oder das Andere zu leisten, also ganz ebenso, wie bei alternativen Obligationen, wenn ihm die Wahl zusteht, s. §. 83. bei Anm. 52. Das hierbei auch vorkommende Beispiel *si Capitol. ascenderis*, oder *non asc.*, (fr. 115. §. 1. 2. *de V. O.*) neben dem: *si Pamphilum non dederis*, welches erstere auch dem: *si volueris*, gleichgestellt wird, (s. Bd. I. S. 171 f. Anm. 45) muss hier d. h. in Verbindung mit Verträgen, von einer rechtlich relevanten, den Gläubiger interessirenden Handlung, dem *sisti certo loco*, verstanden werden, indem die Regel: *expressa nocent etc.*, auf gewisse letztwillige Anordnungen beschränkt bleiben muss, s. ebendas. Allerdings also kann hier nicht jede rechtlich völlig gleichgültige Handlung als *in conditione* gestellt wirksam gedacht werden. Mithin steht immer fest, dass Eins von Zweien geleistet werden muss, wovon es dem Gläubiger gleichgültig ist, welches der Schuldner nach der ihm zustehenden Wahl leisten würde, oder, wenn das in die Bedingung Gestellte zufällig unmöglich geworden oder untergegangen, nur geben kann und geben muss, und somit niemals vermöge einer Bedingung in

einer selbstständigen, nur bedingten, Obligation, andererseits aber steht sie mit der anderen auch in solcher Verbindung, dass diese als Hauptobligation und jene als accessorische zu betrachten ist[8]. Soll nämlich die Konventionalstrafe gültig sein, so muss die dadurch zu sichernde Hauptobligation zwischen den Kontrahenten selbst eine gültige und wirksame sein. Hiervon ist für die Fälle eine Ausnahme anerkannt, wenn die Leistung eines Dritten oder an einen Dritten Gegenstand eines Vertrags ist; ein solcher ist an sich unwirksam (s. §. 102. z. A.), die Strafkonvention aber gerade als ein Mittel anerkannt, ihm Nachdruck zu verschaffen, so dass für die Forderung aus ihr die Erfüllung jener Leistung als Bedingung erscheint[9]. Indessen steht dieser Fall auch schon auf der Grenze einer gewissen anderen Klasse bedingter Verträge, von denen die Konventionalstrafe wohl zu unterscheiden ist, zumal eine Obligation mit demselben Zweck sowohl in die eine, wie in die andere Form gekleidet werden kann. Es ist nämlich möglich, dass eine Obligation und die Leistung aus ihr von einer solchen Handlung des Schuldners abhängig gemacht

dem Willen des Schuldners, ob er überhaupt etwas schuldig werden wolle oder nicht, sondern nur eine Modalität und das Mittel der Leistung. — S. nun auch Vangerow Leitf. Bd. III. §. 614. z. A.

[8] Die accessorische Eigenschaft wird namentlich durch fr. 15. *de Novat.* und fr. 40. *de Jurejur.* fr. 21. §. 8. *de Recept.* und c. 1. *eod.* bestätigt. S. folg. Anm.

[9] Es wird zuweilen gelehrt, dass die Wirksamkeit des Versprechens der Konv.-Strafe nicht von der Kraft der dadurch zu sichernden Verbindlichkeit abhänge, vielmehr ein solches auch nichtigen Verträgen beigefügt werden könne, s. Puchta §. 231. Wening §. 236. w) und Wolff Mora, S. 65., auch Vangerow a. a. O., allein die dazu citt. Stellen, wie fr. 38. §. 4. 17. *de V. O.* und ähnliche, nämlich §. 2. *eod.* u. §. 19. 21. *I. de Inutil. stipul.*, betreffen nur solche, wie die obgedachten Obl. mit Bezug auf dritte Personen, und erklären die Strafobl. ausdrücklich für ein Mittel, gerade solche Obl. indirekt wirksam zu machen. Ich kann die allgemeine Ausdehnung dieser Bestimmung auf die an ungültige Obl. gebundene Strafversprechen nicht für gegründet erachten. Vergl. auch Fritz Erl. Bd. II. S. 317. Zwar werden nach R. R. auch Obl. (*natural.*) aus *pactis nudis* durch Konv.-Strafen in Stipulationsform geschützt, allein jene sind nicht ungültig, sondern es fehlt ihnen nur die Klage, und die Strafe in Bezug darauf ist ebenso gültig, wie es Verbürgung und Verpfändung dafür ist. Puchta a. a. O. (auch Wolff S. 66.) macht nun zwar die Wirksamkeit der Konv.-Str. neben dem in den ersten Zeilen dieser Anm. wiedergegebenen Satz davon abhängig, dass die Bedingung statthaft sei, was z. B. in fr. 61. (Erbvertrag; diese Stelle enthält nur eine Bedingung der in Anm. [7] gedachten Art, keine Konv.-Strafe.) 69. (*stipul. hominis mortui*) 123. (*flagitium faciend.* hier ist weder von Bedingung, noch von Konv.-Strafe die Rede; gesetzt, sie wäre an ein *flagit.* geknüpft, so wäre allerdings die Verpflichtung zum *flagit.* als unerlaubt ungültig;) 134. pr. (Konv.-Strafe bei Verlöbnissen als *contra bonos mores*) *de V. O.* nicht zutreffe. Da ich mich ebenfalls zum Theil auf diese Stellen und ausserdem auf fr. 15. §. 1. *ad Leg. Falcid.* u. c. 2. *de Inutil. stipul.* zur Begründung meiner Behauptung beziehe, so kann es scheinen, als wenn hier eine zwiefache Anschauung möglich sei, während im Wesentlichen Uebereinstimmung herrsche, allein dem ist doch nicht so. Es ist nämlich zuvörderst in den beiden letzten Stellen ausdrücklich die Unwirksamkeit der Konv.-Strafe daraus gefolgert, dass die Hauptobl. ungültig sei. Sodann aber ist für die darauf gesetzte Konv.-Strafe, dass einem schiedsrichterlichen Spruch keine Folge geleistet würde, unter Umständen Unwirksamkeit anerkannt, wo der Begriff einer unstatthaften Bedingung sich nicht aufstellen lässt, sondern ausschliesslich der der Ungültigkeit des Kompromisses auf den *arbiter;* so: in fr. 32. §. 2. 8. fr. 35. *de Recept.* wegen Unfähigkeit einer kontrahirenden Person zu Geschäften der Art, in fr. 17. §. 5. *eod.* wegen Unbestimmtheit der Person des *tertius arbiter*, in §. 3. *eod.* wenn der *libera facultas arbitri* Zwang angethan ist, in fr. 32. §. 6. *eod.* wenn über die zu entscheidende Sache ein Kompromiss der Art unstatthaft ist u. s. w. S. noch Anm. [12]. — Dass durch Ungültigkeit der Strafkonv. die Hauptobl. nicht leide, versteht sich von selbst, s. fr. 126. §. 3. *de V. O.*

werde, welche selbst Gegenstand einer besonderen Obligation sein könnte, dieses aber nicht, sondern nur Inhalt einer Bedingung für die erstere, also alleinige, Obligation geworden ist[10]. (Z. B. *si fundum non dederim, centum dabo*[11]). Die Eigenthümlichkeit der Konventionalstrafe (z. B. *fundum dare spondeo, et si non dederim, centum dabo*), welche namentlich von deren Zweck ihren Ausgang nimmt, wodurch ihre rechtliche Natur bestimmt wird, tritt in folgenden Gegensätzen praktisch hervor[12]: ein blosses bedingtes Versprechen der gedachten Art ist, wie dieses über-

[10] S. Anm. [7]. Nur solche können hier zur Konv.-Strafe in Parallele gestellt werden, für andere, nämlich die vom Gläubiger abhängigen oder zufälligen, also m. a. W. für alle, mit Ausschluss dieser besonderen hierin als Ausnahme (vgl. Bd. I. S. 174. III. 2.) erscheinenden Art, fehlt der Vergleichspunkt, indem es sich dabei nicht um eine anderweite Leistung des Schuldners und deren Erfüllung als Bedingung handelt. Für diese aber ist die Parallele zur speziellen Erläuterung und Einsicht in das Wesen der Konv.-Strafe nothwendig. S. noch Anm. [12].

[11] Zu diesen, um sie möglichst klar erscheinen zu lassen, den Quellen (fr. 115. §. 2. *de V. O.*) analog gefassten Beispielen ist natürlich für das heutige Recht eine *caussa* erforderlich, s. §. 96. I. 4., welche die *stipulatio* für das R. R. ersetzte, also etwa die Schenkung.

[12] Wolff, Mora S. 47. 18 ff. u. 27 ff., welcher die Strafkonvention als eine accessorische leugnet, betrachtet sie als völlig selbstständig, während er dann andererseits sie den bedingten überall gleichstellt und also z. B. fr. 8. *de V. O.* von Konv.-Strafen versteht. Er gelangt hierdurch zu abweichenden praktischen Resultaten von den nachher im Text folgenden, u. namentlich 1) über die Fälligkeit der Strafe, die er immer mit dem Eintritt der Bedingung, d. i. der Fälligkeit der Hauptobl. ohne Weiteres annimmt; 2) über das *periculum*, wenn die Handlung, welche *in conditione* steht, zufällig unmöglich geworden ist, indem er annimmt, dass auch dann immer die Strafe verfalle. Auf die richtige römische Anschauung haben schon Benfey in d. A. L. Z. von 1842. S. 365 ff. und Liebe in den Lpzgr. krit. Jahrbb. Bd. XIII. S. 12 ff., in den Recenss. des Wolff'schen Buchs aufmerksam gemacht. Der Unterschied zwischen bedingten Obl. der im Text gedachten Art ergiebt sich zuvörderst aus fr. 44. §. 5. u. §. 6. *de O. et A.* (wegen der Schlussworte des letzteren §. s. Anm. [16] 4), worin resp. Eine und zwei Obl. anerkannt werden. Ist nun eine Konv.-Strafe einem Versprechen *in diem* oder *non faciendi* beigefügt, so verfällt sie allerdings auf ganz gleiche Weise, wie ein bedingtes Versprechen, dessen Bedingung die Leistung einer Handlung *sub die*, oder ein Unterlassen ist. Ist sie aber einer Obl. auf ein Geben oder positives Thun beigefügt, ohne dass ein *dies* dafür gesetzt worden, so zeigt sich der Unterschied, dass die Leistung, in welcher für die Konv.-Strafe die Bedingung besteht, der Hauptobligation angehört und nicht wie eine reine Bedingung für eine selbstständige Leistung zu betrachten ist, in den im Text nachher bei Anm. [16—19] enthaltenen Aeusserungen. Der Beweis des ersten Satzes folgt aus der Natur des Verhältnisses der beiden Obl. zu einander von selbst, s. übr. fr. 12. *de Usur.* fr. 77. 122. §. 6. *de V. O.* fr. 9. *de Naut. foen.* c. 12. *de Contr. et comm. stipul.*; der des zweiten aus fr. 115. §. 2. *de V. O.*, wonach in der Billigung der Meinung des Sabinus für die Fälligkeit der Strafe derselbe Zeitpunkt anerkannt ist, wie für jede Leistung ohne bestimmten *dies*, mag sie allein anstatt der Hauptleistung oder neben dieser gefordert werden können (vergl. deutsch. Corp. Jur. Anm. [94]), und als Voraussetzung dazu: *per promiss. stare, quominus hom. daret* (s. auch fr. 23. *de O. et A.*), während für die bedingte Obl. das *desinere posse dari* entscheidend wird. Vergl. noch bei Anm. [25]. Dies bestätigt denn ferner noch ausdrücklich: fr. 69. *de V. O.* s. darüber und wegen fr. 22. pr. *ad Leg. Aquil.*, welches anscheinend widersprechend, auf die in fr. 115. *d.* entschiedene Kontroverse der röm. Jur. Bezug hat, Benfey a. a. O. S. 367. Zur Widerlegung der richtigen und auch allgemein angenommenen Ansicht, dass das zufällige Unmöglichwerden der Leistung den Schuldner der Konv.-Strafe nicht befreie, nimmt Wolff S. 43 ff. einen Unterschied für die prätorischen Stipulationen an, der hierin (vergl. Anm. [34] u. [35]) nicht besteht, und wobei denn die Beseitigung mehrerer entgegenstehender Stellen natürlich misslingen musste; s. noch Liebe a. a. O. S. 13. — Gewöhnlich erfordert man aber auch noch zum Verfall der Konv.-Strafe, wenn kein *dies* bestimmt worden, Eintritt der *mora*, also (übrigens die Regel, dass *dies pro hom. interpellat*,

haupt, nur Eine Obligation, und hat nur Einen Gegenstand (*centum*), welcher denn auch nur, wenn die Bedingung ausbleibt, allein gefordert, dessen Forderung aber durch die Vollziehung der in der Bedingung enthaltenen Handlung (*fundum dare*) abgewendet werden kann, so dass der Schuldner in dieser Hinsicht die Wahl hat [13]. Im Fall einer Konventionalstrafe aber sind zwei Obligationen vorhanden, und es steht dem Gläubiger immer frei, entweder beide geltend zu machen, oder, wenn die Strafe den Gegenstand der Hauptobligation ersetzen soll (s. nachher), dennoch auch die letztere geltend zu machen, und jene erstere unberücksichtigt zu lassen, oder beliebig diese zu fordern [14]. Ferner: beim bedingten Versprechen bleibt die Bedingung obschwebend, so lange deren Erfüllung nicht geschieht, aber möglich ist, und erst wenn sie unmöglich geworden, wird mit dem nunmehrigen Eintritt der Bedingung die bedingte Forderung fällig [15]. In Ansehung der Fälligkeit der Konventionalstrafe hingegen ist zu unterscheiden: ist für die Hauptleistung ein Tag bestimmt worden, so ist die Strafe verfallen, sobald dieser vorüber und jene nicht geschehen ist [16], ist kein Tag dazu vorgeschrieben worden, und der Inhalt der Hauptobligation ein Unterlassen, so ist die Strafe sogleich mit dem Zuwiderhandeln verfallen [17], wenn aber ein positives Thun, so verfällt sie zwar ohne Mahnung, indessen doch erst nach Ablauf eines so langen Zeitraums, wie zur Leistung selbst als erforderlich nachgelassen werden muss, also ebenfalls m. a. W. wenn dieselbe fällig ist [18]. Endlich: wenn beim bedingten Versprechen die in der Bedingung enthaltene Handlung durch Zufall unmöglich geworden ist, so steht der Geltendmachung des Versprechens nichts entgegen, indem damit nur der Eintritt der Bedingung unmöglich geworden und nun die versprochene Handlung unbedingt geschuldet wird; wenn hingegen der Gegenstand der Obligation, welche durch eine Konventionalstrafe bestärkt worden, durch Zufall unmöglich geworden ist, so wird der Schuldner frei und das ganze Schuldverhältniss löst sich auf, sobald nur die Konventionalstrafe noch nicht verfallen ist [19]. Ist diese verfallen, was also früher geschehen

für richtig annehmend) Interpellation; allein nach der allgemeinen Natur der Konv.-Strafe (vergl. Anm. [4] u. [7]) und im Besonderen nach den beiden letzten Stellen der Anm. [4] und nach (fr. 21. §. 12. *de Recept.*) fr. 23. *de O. et A.* u. fr. 115. §. 2. *d.* ist dies zu verneinen, und nur erforderlich, dass soviel Zeit verflossen sei, als zur Leistung nöthig ist. In diesem Resultat bin ich mit Wolff S. 51 ff. u. S. 70 ff. einverstanden; s. auch schon Göschen Vorles. Bd. II. §. 437. S. 198. u. Fritz S. 318. Zwar kommt die *mora* und *interp.* in solcher Verbindung mit der *poena* hin und wieder vor, dass jene für deren Verfall vorausgesetzt scheint, s. z. B. fr. 23. *d.* (*in med.*) u. fr. 24. pr. *Quando dies.* Die erste Stelle gehört aber der Meinungsverschiedenheit an, welche Justin. in der schon vorher cit. c. 12. *d.* entschied. Allerdings ist dieser zunächst in Verbindung mit *obl. in diem* gedacht, indessen sicherlich nur, weil selten bei *obl. faciendi* oder *dandi* es an einem *dies* fehlen wird, dagegen wird der Entscheidungsgrund in den *tenor. oblig.* gesetzt, *cum ea, quae promisit, ipse in memoria sua* (*obnoxius*) *servare, non ab aliis sibi manifestari debeat poscere*, und das trifft für *obl. pure conceptas* nicht weniger zu. Wenn die zweite Stelle (wie ähnliche, z. B. fr. 1. §. 8. *ad Leg. Falcid.*) aber die *interpellatio* voraussetzt, so erklärt sich dies auch noch davon, dass der Legatar doch seinen Willen in irgend einer Weise kund gegeben haben muss, das Legat erwerben zu wollen, was durch die *interpellatio* geschehen zu sein scheint. Vergl. übrigens noch Anm. [4]. — Ist die Obl. bedingt, so tritt sie mit dem Eintritt der Bedingung in Wirksamkeit. Einverstanden mit diesen Ansichten ist Vangerow a. a. O. Nr. III.

13 Fr. 44. §. 6. *de O. et A.* — *centum sunt in stipul., fundus in exsolutione;* s. Anm. [12].

14 Fr. 10. §. 1. *de Pactis*, c. 14. *eod.* der Schuldner dagegen kann nach Verfall der *poena* das Objekt der Hauptleistung dem Gläubiger nicht mehr aufnöthigen, fr. 23. pr. *de Recept.*

15 S. Anm. [12].

16, 17, 18, 19 s. ebend. Alle diese Sätze sind Folgen des in Anm. [12] entwickelten Gegensatzes.

sein müsste, so kann sie allerdings gefordert werden, aber nicht, weil die andere Leistung unmöglich geworden, sondern weil jene verfallen und die Forderung darauf existent geworden ist. Nur wenn der Schuldner in Ansehung der ersteren in Verzug versetzt worden wäre, würde für dieselbe der spätere Eintritt der Unmöglichkeit gleichgültig und also die Forderung des Werths oder Interesses anstatt der Konventionalstrafe zur Auswahl zuständig sein.

Die vorher schon berührte Frage, ob nach dem Verfall der Konventionalstrafe der Gläubiger sowohl diese, als die Hauptleistung, wenn sie noch möglich ist, fordern kann, oder nur die erstere, beantwortet sich dahin[20]. Für die Möglichkeit

[20] Es giebt eine Anzahl hierauf bezüglicher Stellen, welche anscheinend widersprechende Bestimmungen enthalten und dann auch zu verschiedenen Ansichten und Auffassungen Veranlassung gegeben haben, vergl. Glück Komm. Bd. IV. S. 533 ff. Wening §. 236. (e) und die dort Gen. Man pflegt zu unterscheiden: 1) wenn die Strafe einem völlig abgeschlossenen und vollzogenen Geschäft auf den Fall beigefügt worden, dass diesem zuwidergehandelt werde, und wenn einem unvollzogenen, auf den Fall der Zögerung oder des gänzlichen Unterbleibens seiner Erfüllung. Für den ersten Fall ist es bestritten, ob man die Festhaltung des Geschäfts und die Strafe fordern könne, indem zwischen fr. 16. *de Transact.* fr. 122. §. ult. *de V. O.*, die es bejahen, und fr. 10. §. 1. *de Pactis*, fr. 15. *de Transact.* (über das *rescisso pacto* s. Schol. 2, 3, ad Basil. XI. 1. 15.) fr. 12. §. 2. *de Pact. dotal.* und c. 40. *de Transact.* (s. über die letzte Stelle Glück am angeführten Ort S. 535.[6]) die es verneinen, ein Widerspruch vorzuwalten scheint. Die meisten älteren Ausleger sind darüber einverstanden, dass zu dessen Beseitigung zu unterscheiden sei, ob die Strafe mit der Klausel *rato manente pacto*, (die in fr. 16. *de Transact.* vorkommt,) oder mit anderen W.; ob beides neben einander ausdrücklich als bindend ausgemacht worden, oder nicht. Für den zweiten Fall pflegt man nach c. 12. *de Contrah. stipul.* bei der blossen Zögerung anzunehmen, dass beides gefordert werden könne, bei der gänzlichen Nichterfüllung aber (nach einer Anzahl anderer nachher zu berücksichtigender Stellen,) wenn sie durch Schuld des Promissars unmöglich geworden, zwar nur die Strafe, doch aber auch immer noch daneben das, wofür sie keine Vergütigung sei, resp. um wieviel das Interesse sie übersteige; sei sie noch möglich, so komme es darauf an, ob ausgemacht worden, dass beides geleistet werden solle, oder nicht; im letzteren Fall könne immer nur Eins gefordert werden, wo dann der Gläubiger die Wahl habe, der Schuldner nur, wenn ausgemacht worden, dass er durch Erlegung der Strafe von der Obligation loskommen solle. — Ich kann weder den hierbei von den einzelnen Stellen gemachten Gebrauch, noch die vorausgesetzten Eigenthümlichkeiten der gesonderten Fälle als richtig zugeben. Die sämmtlichen hier in Betracht kommenden Stellen lassen sich dem Inhalt nach in folgender Reihe übersehen: 1) fr. 115. §. 2. *de V. O.* stellt in f. ausdrücklich einander die beiden Möglichkeiten gegenüber, *ut si homo datus non fuerit, et homo et pecunia debeatur*, und *ut sola pecunia non soluto homine debeatur*, und macht sie davon abhängig, *cum id actum probatur* und *cum ita cautum sit*. Hiervon wird man also ausgehen müssen. Damit stimmen überein: fr. 16. *de Transact.*, worin das *ratum manere pactum* ausdrücklich bevorwortet ist, und c. 17. *eod.* in ausführlicher Erörterung des Falls (vgl. dazu Basil. XI. 1. 34. Schol. 1) — 4) und Glück a. a. O. S. 537.[8]). 2) Demnächst bestimmt fr. 122. §. ult. *de V. O.* für den Fall eines über eine Erbtheilung des väterlichen Nachlasses zwischen zwei Brüdern geschlossenen Rezesses, wenn nach des einen Tod der andere wegen behaupteten *fidcss. heredit.* dessen Erben angreift und unterlegen hat, weil dies vom Richter mit als Gegenstand der Vereinbarung betrachtet worden war, dass daneben auch noch die auf den Fall beabredete Konv.-Strafe, wenn dieselbe angefochten würde, verfallen sei. Ferner ist in fr. 47. *de A. E.* die Forderung der Strafe ausser der des Interesses, hier den Zinsen, für den Fall ohne weitere Bevorwortung gestattet, wo ein Käufer vorausgezahlt und die Lieferung der Waare *intra statuta tempora sub poena* bedungen hat, wenn dieselbe nicht (oder nur *pro parte*) erfolgt ist. Diese Stellen stehen also mit denen unter Nr. 1), und mit diesen wie mit jenen stehen 3) die anderen z. A. cit. fr. 10. §. 1. *de Pactis* etc., wozu noch c. 14. *de Pactis* fr. 44. §. 4. *de Doli*

dieser Frage ist vor Allem vorausgesetzt, dass der Inhalt der Strafe einen solchen Zweifel zulasse, also m. a. W., dass derselbe zum Gegenstand der Hauptleistung in

exc., sowie die drei nachher noch citirt werdenden fr. 41. *Pro socio* etc. kommen, darum in scheinbarem Widerspruch, weil, ohne dass in einer von allen einer besonderen ausdrücklichen Verabredung gedacht wird, die ersteren beide Forderungen nebeneinander, die letzteren nur die Wahl zwischen der Strafe und dem Rechtsmittel aus dem Hauptvertrag gestatten. Nach den entschiedenen und ganz unzweideutigen Aussprüchen der Stellen in Nr. 1) kann nicht daran gezweifelt werden, dass die zuletzt gedachten (fr. 10. *d.* etc.) mit stillschweigendem Ausschluss und sich von selbst verstehender Ausnahme der in jener hervorgehobenen Bevorwortung zu verstehen seien. Um nun fr. 122. *d.* und fr. 47. *d.* damit in Einklang zu bringen, müsste angenommen werden, dass in dem darin enthaltenen Fall auch eine solche geschehen sei. Gleichwohl findet sich darüber keine Spur, und es fragt sich daher, ob nicht auch stillschweigend aus den Umständen und dem Inhalt der Verträge gefolgert werden könne und müsse, dass sowohl die Hauptobligation fortbestehen und geltend zu machen sein, als daneben für den Fall des Zuwiderhandelns die Strafe verfallen solle? Von der berichteten gangbaren Ansicht wird dies nun für den von ihr unterschiedenen zweiten Fall, wenn die Erfüllung nur verzögert wird, wirklich angenommen, u. zwar unter Bezug auf c. 12. *de Contrah. stipul.*, die aber nichts darüber enthält. (Indifferent ist ferner auch fr. 71. pr. *Pro socio*, indem es danach unentschieden bleibt, ob *pro socio* und auf die Strafe geklagt werden kann, oder nur auf eins von beiden.) Mit nicht grösserem Recht wird für den Fall, dass die Erfüllung durch Schuld des Promittenten unmöglich geworden, die Behauptung, an Interesse ausser der Strafe könne soviel nachgefordert werden, als jenes den Betrag dieser übersteigt, sonst aber nicht beides neben einander, auf fr. 41. und 42. *Pro socio* und fr. 28. *de A. E.* gestützt. In diesen Stellen ist keine Hindeutung auf eine solche Unmöglichkeit geschehen, sondern ich finde in denselben einen allgemeinen ergänzenden Satz zu dem in fr. 10. §. 1. *d.* etc. enthaltenen, nämlich, dass die Beschränkung auf die Strafe die Klage auf das Interesse aus der Hauptobl. wenigstens nicht weiter ausschliesse, als jene dasselbe ersetzt, und umgekehrt, die Alternation zwischen beiden Klagen also keine absolute sei, und überhaupt wird aus ihnen für die ganze Sache Licht gewonnen. Nach §. 7. *I. de V. O.* (vergl. Anm. [6]) wird der Konventionalstrafe als allgemeiner Gedanke der Zweck mit zu Grunde gelegt, die Grösse des Interesses namentlich für solche Fälle zu bestimmen, wo dessen Beweis schwierig sein würde. Hiernach wird also für diejenigen Stellen, welche ihrer kurzweg alternativ mit der Forderung aus der Hauptobl. gedenken, stillschweigend als vorausgesetzt anzunehmen sein, dass die (meist gar nicht ausgedrückte) Grösse der Strafe das Interesse wirklich ersetzt habe, und dass, da es nur auf dessen Sicherung ankam, natürlich im Zweifel nur das Eine und nicht beides neben einander gefordert werden sollte und konnte. Dies bestätigen die drei Stellen fr. 41. *Pro socio etc.* ganz entschieden, und mit der weiteren Ausdehnung, dass, wenn der Strafbetrag das wirkliche Interesse übersteige, jener als durch Willkühr festgesetztes Interesse dem letzteren vorgehe. Ebenso die in fr. 44. §. 6. *de O. et A.* ausgesprochene Hinneigung zu der Annahme, dass die Strafkonvention die Hauptobl. novire. Andererseits kann aber der Inhalt der Konv.-Strafe auch von der Art sein, dass ein Vergleich mit dem Interesse der Hauptleistung gar nicht möglich ist, da nicht blos Leistungen von Geld und Geldeswerth und also ein wirklicher Ersatz beabsichtigt sein kann, sondern die mannigfaltigsten anderweiten Nachtheile des Schuldners rücksichtlich der Hauptleistung, welche als Ersatz derselben nicht von fern betrachtet werden können; vergl. die Beispiele im Text bei Anm. [22] und Anm. [3]. Die vorher ausgesetzt gebliebene Frage wird man also mit Recht mit der Bevorwortung bejahen dürfen, dass nicht den Umständen zufolge das Interesse eben durch den Strafbetrag ersetzt erscheine. Diese Negative wird nun namentlich für solche Fälle zutreffen, wo ein *non facere* zugesagt ist und zwar kein einmaliges, sondern ein wiederholtes Zuwiderhandeln möglich ist, also wenn ein dauernder Zustand geordnet worden, dem niemals zuwidergehandelt werden und der in keinem Punkt rückgängig werden soll. So in dem des fr. 122. §. 6. *de V. O.*, während, um fr. 10. §. 1. *de Pactis etc.* daneben erklärlich zu finden, zu berücksichtigen ist, dass die darin erwähnten *pacta*, meist *de non pet.* bezeichnet, durch einmaliges Zuwiderhandeln

irgend einem Verhältniss stehe, so dass er als ein Surrogat dafür betrachtet werden könnte. Handelt es sich z. B. nur um die Fixirung des Interesses wegen etwaniger Verzögerung der Leistung, also für den Fall, dass sie nicht rechtzeitig geschehe [21], oder darum, dass, wenn der Schuldner nicht zur festgesetzten Zeit an seinem Wohnort leiste, er den Transport des Gegenstands der Leistung an den Wohnort des

völlig umgestossen werden, und aus der nun gestatteten Alternative sich die Annahme rechtfertigt, dass die *poena* den Gegenstand der *pacta* (*de non petendo*), denen zuwider gehandelt worden, ersetzte oder übertraf. Das fr. 47. *de A. E.* ferner erklärt sich nun also davon, dass die *poena* nur für die Verspätung der Leistung bestimmt war, woneben die Zinsen von der *mora* an noch als etwas Besonderes erscheinen, (s. schon Glück a. a. O. S. 539. und die dort Gen.) indem sich von vornherein nicht absehen lässt, wie hoch diese dadurch steigen werden. (Hieraus erklärt sich die *mora* in dieser Stelle auch als relevantes Moment im Vergleich zu denen der Anm. [28] Nr. 2. in §. 87.) Das letzte Beispiel führt dann noch zu der Bemerkung, dass, wenn bei einem gegenseitigen Vertrag der eine Kontrahent seine Gegenleistung unter einer Konv.-Strafe versprochen hat, die in der vorherigen Antwort enthaltene Regel nicht minder Anwendung finden muss. Der Werth der gegenseitigen Leistungen giebt dafür sogar einen besonders sicheren Maasstab, nur kommt freilich noch in Betracht, ob die Strafe nicht etwa nur als Reugeld erscheine, s. §. 99. II. a. E. und ferner, dass, wenn die Strafe das Interesse ersetzt, dem Schuldner derselben auch die Gegenleistung zu Theil werden muss; wo nicht, so braucht diese natürlich nur soweit zu erfolgen, als das Geschäft selbst noch vollzogen wird, und wenn sie diesseits schon ganz geschehen ist, so kann sie in gleichem Verhältniss zurückgefordert werden. Vom letzten Fall ist fr. 47. *d.* in f. zu verstehen, denn die *actio ex emto* begreift hier in dem Interesse das antheilsmässige Kaufgeld als Kern und Minimum. (Vgl. auch Mühlenbruch §. 340[4]). 4) Es sind noch Stellen übrig, wonach eine ausdrückliche Beabredung von der zu Nr. 1) gedachten entgegengesetzten Art möglich ist, nämlich eine Beschränkung auf die ausschliessliche Forderung des Strafbetrags, so dass der Schuldner mit dessen Erlegung loskommen und der Gläubiger nur diese fordern kann, s. fr. 44. §. 6. *de O. et A.* woneben jedoch jetzt c. 8. *de Novat.* in Betracht kommt, u. fr. 115. §. 2. in f. *de V. O.* In den Fällen endlich, wo auf Dritte bezogene Obl. durch Strafkonv. wirksam gemacht werden, versteht sich von selbst, dass allein die Strafe gefordert werden kann. — Hieraus gestaltet sich also das Resultat, dass zuerst es darauf ankommt, ob und was ausdrücklich ausgemacht worden, und was denn nach Nr. 1) und 4) nach zwei Richtungen hin verschieden sein kann. Fehlt es daran, so tritt der Gesichtspunkt als der vorherrschende ein, dass die Konv.-Strafe ein Ersatz des Interesses der Hauptleistung sein soll, nur muss sie natürlich dann zu diesem in einem solchen Verhältniss stehen, dass das möglich wäre, denn es kann aus den Umständen und einem geringen Betrag der Strafe, wie schon oben gedacht, auch ganz entschieden hervorgehen, dass dies nicht beabsichtigt gewesen ist. Ob sie nun, die Möglichkeit vorausgesetzt, dieses *in concreto* wirklich sei, kann zweifelhaft sein; lässt sich das Gegentheil beweisen, so kann ausser der Strafe die Hauptleistung soweit geltend gemacht werden, als es, um zum vollen Interesse zu gelangen, nöthig ist. Demnach ist es denn je nach den Umständen und dem Inhalt der Obl., namentlich bei obligatorisch geordneten Zuständen von beabsichtigter längerer oder immerwährender Dauer, möglich, dass diese selbst vollkommen aufrecht erhalten werden müssen, und die Strafe daneben muss gefordert werden können; in sofern aber die Strafe für das Interesse wirklich einen vollen Ersatz darbietet, kann nur eins von beiden gefordert und es muss durch die Leistung des einen das andere ausgeschlossen werden. Die zu den einzelnen Sätzen des Textes citt. Stellen der folgg. Anmm. sind mit Bezug auf die Erörterung der gegenwärtigen zu verstehen. Vergl. jetzt auch Vangerow a. a. O. IV.

[21] Hier wiederholt sich eigentlich der Fall, dass die Strafe das Interesse ersetzen soll, in Anwendung auf das nicht für die Hauptleistung, sondern für deren Verzögerung; daher kann denn nur die Strafe oder das letztere gefordert werden, nicht beides neben einander, was zwar auch ausgemacht werden könnte, so dass dann also der Gläubiger möglicher Weise dreierlei fordern kann, die Hauptleistung, das Interesse wegen deren verzögerter Leistung und die Strafe. Vgl. Unterholzner a. a. O. S. 248.

Gläubigers oder eines Dritten auf seine Kosten zu leisten haben, oder, dass er alsdann seine etwa erwachsenen Gegenrechnungen in Bezug auf den Gegenstand nicht in Abzug bringen und deshalb ein Retentionsrecht ausüben, oder diese ganz verlieren solle, so kann ein Zweifel der fraglichen Art nicht entstehen [22]. Solche Fälle sind also hier bei Seite zu stellen, und nur solche der durch jene Voraussetzung bedingten Art zu verstehen. Der Zweck der Konventionalstrafe schliesst nun an sich die Möglichkeit, sowohl diese wie die Hauptleistung zu fordern, nicht aus. Es ist vielmehr vorerst möglich, dass dies ausdrücklich ausgemacht werden kann [23]. Es kann demnächst nicht minder ausdrücklich bestimmt werden, dass die Strafe ausschliesslich Gegenstand der Forderung sein und also äussersten Falls ganz an Stelle der eigentlichen Leistung treten solle [24]. Eine solche Beabredung würde im Wesentlichen mit dem Inhalt eines solchen, wie des vorhergedachten bedingten Vertrags übereinkommen, der Schuldner also die Wahl der Leistung, der Gläubiger nur die Forderung der Strafe haben; nur die Fälligkeit dieser würde nach den vorher entwickelten Grundsätzen darüber zu beurtheilen sein [25]. Fehlt es an einer Beabredung der einen oder der anderen Art, so kommt der weitere Gesichtspunkt der Konventionalstrafe, von welchem darin die Bestimmung der Grösse des Interesses an der Hauptleistung durch Willkühr und Uebereinkunft geschehen erkannt wird, in Betracht, um die Frage zu beantworten. Es wird nämlich nun Sache der Auslegung des Vertrags, worauf und wieweit sich die Forderung ausdehne. Nach Anleitung des gedachten Gesichtspunkts muss im Zweifel, d. h. in Ermangelung besonderer Gründe und Umstände, jene Bestimmung als beabsichtigt betrachtet werden, während solche, also namentlich der ursprüngliche Inhalt der Leistung wie der der Strafe im Vergleich zu einander und zum gesammten Betrag des Interesses an ersterer, auf das Gegentheil zu schliessen nöthigen können [26]. Ist nun die Strafe sowohl als ein blosser, wie als ein vollständiger Ersatz der Hauptleistung anzusehen, mithin als ein vertragsmässiger Anschlag des Interesses derselben, so kann neben ihm nicht noch das Interesse gefordert werden, sondern nur eins von beiden [27], doch wird andererseits durch die Bestimmung der ersteren die Forderung des letzteren nicht etwa aufgehoben, sondern es steht, wie schon vorher gesagt worden, dem Gläubiger die Wahl zwischen beiden zu [28]. Ist die Konventionalstrafe dagegen nicht für einen Ersatz der Hauptleistung zu halten, so kann diese sowohl geltend gemacht, als jene in Anspruch genommen werden [29]. Erschiene sie aber auch als ein solcher, wäre aber ihr Inhalt geringer, als der Betrag des wirklichen Interesses, so kann neben derselben immer noch auch die Differenz zwischen ihrem

[22] Die obigen Sätze bedürfen keiner Beweisführung, sie verstehen sich von selbst. Zwar wird m. W. auf diesen Unterschied, als auf einen Hauptpunkt, nirgends weiter aufmerksam gemacht, das mögte aber wohl darin seinen Grund haben, dass man bei Konv. Str. immer an eine Geld- oder ähnliche Strafe zu denken geneigt ist, während er als begründet von Niemandem in Abrede gestellt werden dürfte. S. übrigens Anm. [20] unter Nr. 3) gegen das. E.

[23] Fr. 115. §. 2. *de V. O.* fr. 16. *de Transact.* c. 17. *eod.* vgl. Anm. [20].

[24] S. die Stellen der Anm. [20] Nr. 4). Diesem Fall kommen rücksichtlich der Fälligkeit die Strafstipul. zu einem *compromissum* und die prätor. Stipul. gleich, deren in Anm. [35] gedacht wird, nur findet darauf nicht die Möglichkeit Anwendung, die Strafe noch später abzuwenden, von welcher dort gehandelt wird.

[25] Wieder etwas Anderes ist das sogen. Reugeld, obwohl nahe verwandt, und eigentlich nur eine Anwendung auf einen besonderen Fall, s. §. 99. II. a. E.

[26] Vergl. Anm. [20] unter 3).

[27] S. die Stellen der Anm. [20] unter 3), fr. 10. §. 1. *de Pactis etc.* und fr. 41. *Pro socio etc.*

[28] S. diess. Stellen; vergl. Anm. [14].

[29] Fr. 122. §. 6. *de V. O.* fr. 47. *de A. E.* und vergl. Anm. [20] Nr. 3).

Betrag und diesem gefordert werden[30]. — Wenn auf den eigentlichen Gegenstand der Hauptobligation seiner Natur nach nicht geklagt werden kann, wie namentlich auf Unterlassungen, wenn ihnen bereits zuwider gehandelt worden, und der Fall auch nicht von der Art ist, dass aus ihrem Inhalt den ihnen zuwider andererseits erhobenen Klagen eine Exception entgegengesetzt werden kann, oder wenn aus rechtlichen Gründen, z. B. wenn gar keine Klage darauf existirt, so kann natürlich die Strafe allein gefordert werden[31].

Das Recht auf die Konventionalstrafe geht im Besonderen dann verloren, wenn der Gläubiger die Hauptleistung nach Verfall der ersteren annimmt, ohne diese geltend zu machen, indem darin ein stillschweigender Verzicht enthalten ist[32], und durch Novation der Hauptobligation[33]. Ueberhaupt aber wird dieselbe, wenn es am Gläubiger gelegen hat, dass die Hauptleistung nicht erfüllt worden ist, durch Exception (*doli*) ausgeschlossen, was in der Regel mit einem Verzug desselben zusammentreffen wird[34]. Dagegen kommen dem Schuldner wider den Verfall der

[30] S. die Stellen fr. 41. *Pro socio etc.* in Anmerk. [20].

[31] S. die Stellen z. A. der Anm. [9]. Nach R. R. waren diese Fälle ungleich zahlreicher als jetzt, wo die Leistung aus Verträgen regelmässig klagbar ist.

[32] Fr. 23. pr. *de Recept.* fr. 10. in f. *de Eo quod certo l.* vergl. Anm. [35]. Wenn die Strafe neben der Hauptleistung gefordert werden kann, so wird sie bei Annahme der letzteren durch Vorbehalt gesichert; vergl. Wolff a. a. O. S. 220 ff. Fritz a. a. O. S. 318. erfordert den Vorbehalt nicht einmal, und das ist allerdings konsequent, in sofern zwei verschiedene Obl. neben einander bestehen, dennoch halte ich wegen des Kausalzusammenhangs die Annahme ohne Vorbehalt für einen stillschweigenden Verzicht auch auf die Strafe.

[33] S. Anm. [8].

[34] Fr. 122. §. 3. *de V. O.* vgl. §. 93. I. 2. das. Anm. [23] und II. B. Es giebt eine Anzahl von Stellen, welche theils direkt, theils indirekt, durch Ausdrücke wie: *poenam non committi etc.*, den Verfall der Strafe unter obiger Voraussetzung als *ipso jure* nicht geschehen ausschliessen, s. z. B. fr. 23. §. 1. 3. *de Recept.* fr. 40. in f. *eod.* fr. 23. *de O. et A.* Wolff a. a. O. S. 54. erkennt darin etwas Besonderes für die in Bezug auf die Erfüllung einer *sententia arbitri* eingegangenen Stipul., diese seien nach noch billigeren Grundsätzen, wie die prätor. beurtheilt worden. Unterholzner Bd. I. S. 251. d) erklärt es durch die Vermuthung, dass diesen Obl. die Klausel *quod dolo malo meo non fiat* (fr. 122. §. 2. *de V. O.*) ganz gemein gewesen sein möge. Dies führt nun aber weiter zu der Folge, dass diese Klausel überall jene Wirkung gehabt haben müsse, und dass bei *b. f. negot.* sie sich von selbst verstehe, und das würde dann die praktische Folge haben, dass gegenwärtig die Strafe immer *ipso jure* nicht verfällt. Die Bedeutung derselben würde zwar darum nicht eben oft von besonderem Einfluss sein, indem im heut. Prozess auch dieses also *ipso jure* wirkende Moment gewöhnlich in der Form einer Einrede erscheinen wird und ohne Unterschied für diese wie für jene die Frist zur Beibringung der Exceptionen besteht (s. §. 32. [32]); dennoch könnte er es u. U. werden, weil darin doch im Wesentlichen eine Voraussetzung der Forderung der Strafe enthalten sein würde. Ich halte aber jene Vermuthung weder für stark genug, noch für geeignet, um diesen Folgerungen mit Sicherheit zu Grunde gelegt zu werden, ich kann vielmehr, selbst wenn sie richtig wäre, darin nur ein römisch-prozessualisches, kein materiell rechtliches Moment anerkennen, indem das Abhandensein des *dolus* hier nicht als Voraussetzung der gedachten Art erscheinen würde, sondern als ein selbstständiges obligatorisches Moment, um die dadurch veranlassten Wirkungen auszuschliessen. Für die *obl. ex compromisso* ist nun allerdings nach den citt. Stellen das Gegentheil anerkannt, da aber die z. A. der Anm. citt. ebenso bestimmt übrigens die *exc. doli* anerkennen, so muss und darf für jene um so mehr hier etwas Singuläres gefunden werden, als in denselben wie bei den prätor. Stipulat. rücksichtlich des Verfalls der Strafe dem Schuldner auch anderweite unbestrittene Begünstigungen zugestanden sind, s. fr. 21. §. 9. *de Recept.* vgl. Unterholzner a. a. O. Anm. e) f) und Wolff S. 44 ff. 54 f. auch dens. (bes. S. 59 ff.) wegen fr. 23. *de O. et A.* Vergl. folg. Anm.

Strafe die Gründe, wodurch die Wirkungen des Verzugs wider ihn abgewendet werden, da jene nicht erst mit dem Zeitpunkt des Verzugs, sondern schon mit dem der Nichterfüllung verfällt, nicht schlechthin zu Statten, sondern nur soweit, als ihr Inhalt im Wesentlichen darin besteht, dass das Unterbleiben der Erfüllung am Gläubiger gelegen hat, und dies nicht auch erst nach der Fälligkeit der Forderung eingetreten ist[35], — ausgenommen, wenn der Verfall der Strafe erst auf den Eintritt des Verzugs selbst gesetzt wäre.

[35] Der häufig angenommene Satz, dass zum Verfall der Konv.-Str. *mora* erforderlich sei, und diese wiederum *culpa* voraussetze (s. §. 93. Anm.[50]), hat natürlich zu dem weiteren geführt: dass, wenn der Schuldner an der Nichterfüllung keine Schuld trage, die Strafe nicht verfalle, und danach würde denn der vermeintliche allgemeine Entschuldigungsgrund gegen die Wirkungen der *mora* auch hier Platz ergreifen (s. das. Anm.[76]). Das Gegentheil erhellt aus fr. 9. *de Naut. foen.* fr. 77. *de V. O.* s. ferner oben Anm.[12]. Vgl. auch Puchta §. 231. g). Einen besonderen Entschuldigungsgrund, für den Fall, dass für eine *obl. faciendi* kein *dies* bestimmt worden, und zwar in der Wiederaufhebung der schon eingetretenen Strafe nimmt Fritz S. 318. mit Göschen Vorles. Bd. II. §. 437. nach fr. 21. §. ult. fr. 22. 23. pr. u. 52. *de Recept.*, dafern nicht ein besonderer Schade für den Gläubiger eingetreten sei, an, wenn der Schuldner noch vor der *lit. cont.* die Leistung nachhole; Madai (Mora S. 504 f.) beziehe irrig diese Stellen (er citirt nur die vierte) auf das Kompromiss, wie Schilling (in d. Rec. dieses Buchs, Leipziger krit. Jahrbb. Bd. III. S. 285.) schon bemerkt habe. Allein die Rüge des letzteren beschränkt sich darauf, dass jener, davon ausgehend, dass die Strafe hier nicht für die säumige, sondern nur für die ganz unterlassene Erfüllung eintrete, den Satz bei Anm.[32] im Text auf die mit einem Kompromiss verbundene Strafe beschränken will, während er allgemein gilt. Allerdings ist auch der eingenommene Gesichtspunkt für solche Obl. nach fr. 23. pr. *d.*, wenn ein *dies* bestimmt worden, unrichtig, dagegen aber muss er, wenn es daran fehlt, als richtig anerkannt werden, oder m. a. W. es gilt hier nach den drei anderen Stellen, selbst wenn *mora* hinzugekommen, wirklich etwas Singuläres, was zu jenem hinführt. Denn es muss deren Bestimmung auf das Kompromiss darum als beschränkt verstanden werden, weil sie von dem für die Konv.-Str. geltenden allgemeinen Gesichtspunkt aus, s. Anm.[12], unrichtig ist, und sich diese Abweichung nur auf solche Weise erklären lässt. In dieser Beschränkung fasst sie auch Unterholzner Bd. I. S. 651. c) a. E. auf. Dagegen will dieser S. 252. i) denselben Satz auf fr. 122. §. 2. *de V. O.* stützen, allein darin ist *jus singulare* zu Gunsten der Freilassungen vorgetragen, s. auch Fritz S. 322.[296], Mühlenbruch §. 340.[7], Puchta §. 231. g). Andere neuere Rechtsgelehrte berühren m. W. diese Stellen nicht. Etwas Aehnliches kommt bei prätor. Stipul. vor nach fr. 8. *Si quis caution.*, für welche überhaupt der Gesichtspunkt der *contumacia* entscheidend wird, so dass Entschuldigung gegen diese die Strafe abwendet, vergl. Wolff S. 18 ff. Diese Uebereinstimmung und die danach mit den Konv.-Str. im Uebrigen obwaltende Verschiedenheit erklärt sich nach m. E. auf folgende Weise. Bei der Konv.-Strafe in ihrer allgemeinen Auffassung ist vorausgesetzt, dass sowohl diese als eine Hauptobl. bestehe, mit deren Fälligkeit auch jene eintritt. Die gedachten Obl. gewähren nun nach R. R. auf den Gegenstand der Hauptleistung keine Klage, sondern nur die *a. stipulati* auf die Strafe. Ist dieselbe eine *obl. faciendi* und ohne *dies*, so ist die Konv.-Str., wie in dem Fall bei Anm.[24] u.[31], der blossen bedingten Obl. sehr ähnlich, da eine Klage der *in conditione* stehenden Leistung nicht existirt, und mit der eingetretenen Säumniss nach etwaniger Aufforderung nicht ausgemacht, dass die eigentliche Leistung nicht geschehen werde, so lange sie nur noch geschehen kann. Da nun die Strafe hierbei immer als eventueller Ersatz erscheint, und an sich nothwendig ist (hierin sind die Fälle bei Anm.[24] u.[31] ursprünglich verschieden), um dem ganzen Geschäft Nachdruck zu geben, so erklärt sich daraus wohl die Gestaltung des *modicum tempus* und die Zulässigkeit der Leistung selbst noch bis zur *lit. cont.*, mit welcher dann freilich die Sache eine andere nothwendige Gestalt annahm, sobald sie nur wirklich noch das Interesse vollständig gewährt und also ihrerseits die Strafe ersetzt, d. h. ihr gleichkommt. Aehnlich ist es bei der *promissio sisti*, wozu freilich ein *dies* nothwendig ist, wenn die Sistirung selbst kurz darauf erfolgt, ohne dass ein Nachtheil einge-

Theilweise Erfüllung der Leistung wendet den Verfall der Konventionalstrafe nicht ab[36], denn die Verpflichtung zu letzterer gehört zu den untheilbaren Obligationen, s. §. 84. III. A. 4).

Die Forderung der verfallenen Konventionalstrafe geht auf und gegen die Erben über[37].

§. 89.

Von der Stellung der Subjekte in den Obligationen.

I. Vermöge des Begriffs der Obligation gehören zu jeder Obligation zwei Personen, ein Gläubiger und ein Schuldner. Auf diese ist das Rechtsverhältniss beschränkt, so dass kein Dritter daran Theil haben, und auch nicht unbeschadet desselben an die Stelle des einen von beiden eintreten kann. Diese Grundregeln über das Charakteristische der Obligationen in subjektiver Beziehung sind jedoch umgeben von einer Zahl nähere Bestimmungen enthaltender Normen, durch welche sie, auf den Erfolg hingesehen, ausgeschlossen oder bedeutungslos erscheinen könnten. Ihr Einfluss greift aber in das gesammte Wesen der Obligationen zu tief ein, als dass dies möglich wäre, und es kommt daher nur darauf an, nachzuweisen, dass sie durch die letzteren in keiner Weise beeinträchtigt werden. Da nun diese Normen zum Theil Rechtsinstituten angehören, welchen im System ihre Plätze in einem anderen Zusammenhang angewiesen werden müssen, so kann hier nur eine Uebersicht der rechtlich möglichen Gestaltungen gegeben werden, auf welche jene zur Anwendung kommen. Es ist zuvörderst möglich, dass sowohl auf Seite des Gläubigers wie auf der des Schuldners, in anscheinendem Widerspruch mit der hierüber vorher gedachten Grundregel, mehrere Personen stehen; dies wird nachher unter Nr. II. ausführlich erörtert werden. Es ist ferner möglich, dass Obligationen von und wider andere Personen geltend gemacht werden können, als welche sie eingegangen sind, und zwar sowohl in Folge von Vertretungen derselben durch die letzteren, wobei es dann darauf ankommt, dass und in wiefern Jemand durch eines Anderen Handlung eine Forderung erwerben oder verpflichtet werden kann, wie des Uebergangs der Forderungen und Verpflichtungen auf Andere als die, zwischen denen sie entstanden sind, welcher theils durch denselben Begriff, theils durch einen neuen Vertrag zwischen allen Betheiligten vermittelt wird; s. darüber §. 102.

II. Eine Obligation, als in ihrem Existentwerden wirklich oder scheinbar ein

treten ist, und in sofern denn auch den *dies* ersetzt. Vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 252. h). Dass die wirklichen Entschuldigungsgründe in der Beschränkung des Textes auch hier Platz ergreifen, folgt aus deren Zusammentreffen mit dem Inhalt des vorhergehenden Satzes, ausserdem aber darum nicht, weil dadurch nur der Begriff des Verzugs des Schuldners mit seinen Wirkungen abgewendet wird, nicht der der Nichterfüllung, auf welchen allein es hier ankommt. Zu bemerken ist hierbei noch, dass nicht etwa auf den Satz *tamdiu* etc. in fr. 115. §. 2. *de V. O.* eine allgemeine Entschuldigung für den Schuldner gegründet werden kann, denn er hat auch in seiner ursprünglichen Verbindung nur auf das von Sab. vorausgesetzte Möglichwerden der bedingten Leistung *si Pamphilum* etc. Bezug; nachdem nun Papin. diese Ansicht für die Konv.-Str. gutgeheissen, kann der Satz keinen anderen Sinn haben, als den, dass, wenn die Möglichkeit der Hauptleistung von Anfang herein noch nicht entschieden ist, — z. B. es verspricht Jemand ein Objekt *sub poena*, welches ihm abhanden gekommen, sobald er es wieder erlangt haben werde, — die Konv.-Str. verfällt, sobald jene eingetreten sein wird.

36 Fr. 47. *de A. E.*

37 Fr. 4. §. 1. fr. 5. §. 3. *de V. O.*

Ganzes [1], kann mehrere Personen als Gläubiger wie als Schuldner auf verschiedene Weise betreffen:

A. so, dass die Leistung daraus sich auf die Einzelnen zerspaltet und also nur Jeder zu seinem Antheil (*in partem*, *pro parte*, *rata*) in Anspruch genommen werden, oder Jeder seinen Antheil fordern kann. Dies tritt ein für mehrere Erben des Gläubigers oder des Schuldners und zwar nach den Quoten ihrer Erbtheile [2], bei der gemeinsamen Abschliessung eines Vertrags oder bei der gemeinschaftlichen Ausstellung einer Schuldurkunde von Seiten Mehrerer für diese, wenn dabei nichts Abweichendes ausgemacht wird und kein Fall der Solidarität (s. lit. C.) vorliegt, und bei der gemeinschaftlichen Verurtheilung Mehrerer zu Einer Summe, wenn sie nicht ausdrücklich *in solidum* geschehen ist, — und zwar in der Regel nach Kopftheilen [3]. Vorausgesetzt hierbei sind nicht nur theilbare Obligationen, sondern dasselbe trifft, nach §. 84. Nr. III., auch für die untheilbaren (ausgenommen, wo diese für die Schuldner in eine Korrealobligation übergehen) immer zu, sobald es auf Leistung des Interesses oder einer Strafsumme ankommt, und bei den alternativen und auf Leistung *in genere* gerichteten Obligationen auch abgesehen davon. In diesen Fällen entspringt die Verbindung der mehreren Personen nur aus dem auf alle diese bezüglichen gemeinschaftlichen Entstehungsakt [4] ihrer respektiven Forderungen oder Verpflichtungen, oder aus der Begebenheit, welche mehrere Personen an die Stelle einer treten liess, und es sind in der That soviel einzelne Obligationen als Personen vorhanden, deren jede sogleich, beziehungsweise von da an, als eine besondere ihre eigne Existenz hat. Der Gegenstand der Obligation zu einem Antheil ist bei nicht fungibelen Sachen ein ideeller Theil dieser [5] (s. §. 41. VII.), bei fungibelen eine antheilmässig verkleinerte Summe [6].

[1] Es ist hier die Obligation als Akt oder Geschäft in dessen äusserem Erscheinen gemeint, nicht schon in ihrer individuellen Abgrenzung, diese ist für den Augenblick noch dahingestellt, und es soll im Folgenden erst die Mehrheit derselben von dieser Seite aus betrachtet in jenem nachgewiesen werden. Es könnte scheinen, dass, hiervon ausgegangen, auch noch die sog. *communis obligatio* zu erwähnen gewesen wäre, d. i. wenn Mehrere aus Einem Akt zu ganz verschiedenen und verschiedenartigen Leistungen verbindlich werden, indessen ist dann die Verschiedenheit und Mehrheit der Obligationen gar nicht zweifelhaft, und auch kaum eine Einheit des Akts denkbar, wäre auch darüber ein einziges Dokument aufgenommen, vielmehr der der Zeit nach verschiedene Eintritt der mehreren Obl. erkennbar. Allerdings sind die Raten der Schuldner *pro rata* (im Text unter A.) nicht minder unter sich verschiedene Leistungen, dabei ist aber eine Einheit des Akts nicht nur möglich, sondern gewöhnlich, wie bei der Rede Zweier in der Mehrzahl in dem Schulddokument über eine Summe und dessen Unterschrift durch sie, oder der Aufnahme eines Darlehns durch einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten.

[2] Hierüber das Weitere im Erbrecht. Vgl. fr. 31. §. 10. *de Aedil. Ed.* c. 6. *Famil. ercisc.*

[3] Fr. 11. §. 1. 2. *de Duob. reis*, fr. 31. §. 10. *d.* fr. 43. *de Re jud.* fr. 10. §. 3. *de Appell.* Tit. Cod. *Si plures una sent.* C. 5. *Si certum pet.* (vergl. Anm. 30) fr. 40. §. 2. 3. *de Damno infecto*, hier findet *ex stipul. de inf.* Haftung *pro dominicis partibus* Statt.

[4] Bei untheilbaren Obligationen ist allerdings der Gegenstand ebenfalls ein Grund dazu, dieser aber tritt hinter den obgedachten zurück.

[5] Fr. 29. *de Solut.* fr. 54. fr. 117. *de V. O.* vergl. §. 84. III. B.

[6] Dieselben Stellen. Die erste steht mit den übrigen rücksichtlich der Leistung mehrerer nur generisch bestimmter Sachen anscheinend in Widerspruch, indem sie ideelle Theilung vorzuziehen scheint, die anderen reelle, wie bei einer Summe; Ramos del Manzano erklärt ihn (ad Tit. *de V. O.* in *Meermann's Thes.* T. VII. p. 161. s. dort auch Versuche Anderer,) nach Valentia davon, dass Ulpian in der ersten Stelle nur eine allgemeine Erörterung der Möglichkeiten anstellt, und die ideelle Theilung aus dem Gesichtspunkt des Rechts für richtiger erachtet, während er der der Zahl nach, welche

B. Es ist möglich, dass der Gegenstand einer Obligation von jedem der mehreren Gläubiger oder wider jeden von mehreren Schuldnern in seinem ganzen Umfang geltend gemacht werden kann, also so vielmal als ihrer sind; ist hier, vermöge der Natur des Gegenstands, nur einmalige Leistung desselben möglich, wie namentlich bei bestimmten Sachen, so tritt für die anderen Leistungen sein Werth an dessen Stelle. In allen hierher gehörigen Fällen, deren nur wenige durch gesetzliche Vorschrift begründet sind, sind ebenso viel verschiedene Obligationen als Gläubiger oder Schuldner vorhanden [7].

C. Es kann eine Verbindung Mehrerer dergestalt eintreten, dass der Gläubiger denselben Gegenstand von jedem der mehreren Schuldner, oder jeder der mehreren Gläubiger ihn vom Schuldner ganz (*in solidum* [8]) fordern [9], jedoch derselbe (*una res*) überhaupt nur einmal gefordert werden kann und nur einmal geleistet zu werden braucht. Das ist die sog. Solidarobligation (*obl. in sol.*). Auch sie umfasst, selbst im Fall eines gemeinschaftlichen Entstehungsakts, eine Mehrheit von Obligationen, so viele als Gläubiger oder Schuldner sind, und ist nicht nur Eine [10]. Der recht-

die beiden anderen Stellen zur rascheren Erledigung der Sache annehmen, nicht widerspricht.

[7] Berechtigungen der Art s. z. B. in fr. 1. §. 9. fr. 18. §. 2. fr. 34. *de Injur.* (c. un. §. 11. *de Caduc.* v. *Hoc autem* etc.) Verpflichtungen z. B. in fr. 11. §. 2. *ad Leg. Aquil.* fr. 55. §. 1. *de Admin. tut.* c. 1. *de Cond. furt.*, soweit indessen die mehrmalige Leistung den Charakter einer Strafe an sich trägt, (s. §. 29. Anm. [18]) kann vermöge der heutigen Theorie von den Strafklagen im Allgemeinen nur die Leistung des Interesses gefordert werden. Angewendet dies auf die Beispiele der citirten Stellen, so sind die wegen der Injurien, als Ausnahmen, noch jetzt praktisch, s. §. 29. bei Anm. [25], übrigens aber kann das Interesse nur einmal eingeklagt werden, so dass die Verpflichtung Mehrerer jetzt als eine gewöhnliche solidarische erscheint, der nur freilich das *benef. divisionis* nicht entgegengesetzt werden, und wegen deren Erfüllung der Einzelne, der sie geleistet, keinen Regress an die Anderen nehmen kann, indem eine innere Beziehung zwischen ihnen nicht weiter Statt findet.

[8] Ueber diesen Begriff vgl. Hugo's Mag. Bd. IV. S. 250 ff. er bedeutet: das Ganze, und es kommt also in seiner weiteren Anwendung auf den im Einzelfall zu denkenden Gegensatz an; dieser liegt hier sehr nahe und klar vor, nämlich *pro parte* oder *pro rata*, s. z. B. c. 3. *de Duob. reis* (andere s. z. B. in §. 37. *I. de Action.* fr. 25. *de Re jud.*, fr. 147. §. 2. *de R. J.*, c. ult. *de Jure delib.*, §. 2. *I. de Lege Falcid.*) es ist mithin entweder eine Sache in ihrem ganzen Umfang gemein, resp. das gesammte Recht, z. B. Eigenthum an ihr im Gegensatz zu theilweisem (*pro indiviso*), also Miteigenthum, oder eine ganze Summe im Gegensatz zur Quote. Forderungen und Leistungen objektiv untheilbarer Gegenstände (s. §. 84. III. z. A. u. Nr. 1. u. 2.) sind immer *in solidum*, also vermöge ihrer Natur; vergl. Ribbentrop Korr.-Obl. S. 183 f. und jetzt Puchta Vorles. über s. Pandekten, §. 233. und v. Helmolt in der in Anm. [10] cit. Schrift, S. 12 ff. bei diesen namentlich auch über den je nach der Natur des Gegenstands, ob *species*, oder Leistung *in genere*, absoluten oder relativen Charakter des Begriffs: *in solidum*.

[9] §. 4. pr. *I. de Fidejuss.* fr. 71. pr. in f. ej. tit. fr. 5. §. 15. in f. *Commodati* fr. 31. §. 10. *de Aedil. Ed.* (*quasi plures rei*, u. in f.) fr. 2. 8. *de Duob. reis*, c. 3. ej. tit.

[10] In der Doktrin herrschte bis vor Kurzem unangefochten die (Keller-) Ribbentrop'-sche Theorie von den Korreal- und Solidarobligationen, die selbst erst vor etwa fünfundzwanzig bis dreissig Jahren an Stelle der bis dahin gangbaren getreten war. Diese letztere unterschied zwischen jenen nicht, sondern nahm in allen hierher zu zählenden Fällen Eine Obligation mit einer Mehrzahl von Theilnehmern an; vorherrschend war dabei der Ausdruck Korreal-Obl. in Gebrauch; s. z. B. Thibaut 7. Ausg. §. 224. (in der 8. Ausg. ging er zu der neuen Theorie über). Dagegen unterscheidet die nach den zwei gedachten Rechtsgelehrten (Keller von der Litiskontestation u. s. w. S. 446 ff. Ribbentrop zur L. v. d. Korr.-Obl.) benannte Theorie zwischen den beiden Arten dahin, dass zwar bei den Korr.- wie bei den Solidarobl. (für die Savigny Obl.-R. Bd. II. §. 16. [c]) dann die Benennungen ächte und unächte Fälle der Korrealität erfand,) Identität des Gegenstands, und je

liche Zweck eines solchen Obligationenkomplexes ist in Hinsicht auf die Solidar-

nachdem sie aktiv oder passiv korreale sind, Forderung oder Verpflichtung *in solidum* Statt finde, — dagegen seien bei den blossen Solidarobligationen so viele Obligationen wie Personen, (die Meisten beschränkten dies nur auf die Verpflichteten, nahmen also nur passive Sol.-Obl. an,) bei den Korrealobl. aber nur Eine Obl. vorhanden. Während dort jede ihren besonderen Bestand rücksichtlich der mehreren Gläubiger oder Schuldner habe, und nur im Gegenstand ein Zusammenhang, und in der Erfüllung ein Berührungspunkt aller bestehe, so dass die Obl. damit für alle Betheiligte erlösche, bezüglich einzelner Interessenten eintretende Umstände aber nur für und wider sie gälten (z. B. auch *pactum de non petendo in rem*), sei hier die Obl. ihrem objektiven Bestand nach Eine, welche aber die verschiedenen Interessenten *in solidum* binde oder berechtige; eine Folge davon war dann natürlich der Einfluss auch, abgesehen von der Erfüllung, in der Person nur Eines Betheiligten eintretender blosser Modifikationen (z. B. *pactum de non petendo in rem*) der Obl., dass hierin eine Anomalie im Vergleich zu dem sonstigen allgemeinen obligationenrechtlichen Grundsatz von der Einzahl der Gläubiger oder Schuldner für eine bestimmte Obl. enthalten sei, sprach man in voller Uebereinstimmung selbst aus. Demungeachtet und obwohl viele der einzelnen, vermeintlich oder wirklich, auf Erlöschen oder Modifikation der Obl., allgemein und sachlich oder nur persönlich wirkenden Momente nur durch eine verkünstelte interpretatorische Vermittelung mit dem Hauptgrundsatz in eine nothdürftige, von befriedigender Ueberzeugung weit entfernte Uebereinstimmung gebracht wurden, bei der indessen Streit über vieles Einzelne fortbestand, und Vieles als räthselhaft dahin gestellt blieb, und als innerlich nicht begründet und nicht nothwendig geboten anerkannt wurde, hat die auf jenem Grundsatz, der an sich ausser aller Anfechtung war, basirte Theorie so allgemeine Aufnahme gefunden, wie kaum irgend eine andere. Sie herrscht in allen Lehr- und Handbüchern. Auch ich habe mich in der ersten Ausgabe derselben gefügt und sie vorgetragen, obwohl ich meine Bedenken gegen dieselbe und ihre praktische Wirksamkeit nicht zurückhielt (Anm. [10] und [49] der ersten Ausg.). In jüngster Zeit sind indessen mehrfache mehr und weniger radikale Angriffe auf diese herrschende Theorie gemacht worden, und zwar im Allgemeinen nach zwei Richtungen hin, obwohl im mannigfaltigsten Streit der Opponenten untereinander. Die Mehrzahl nämlich erkennt zwar die Anschauung von der Einheit der eigentlichen Korr.-Obl. noch als richtig an, und fasst nur deren eigentliches Wesen, ihre Wirksamkeit und Folgen im Einzelnen anders auf; Andere dagegen greifen auch jene an, wenn schon sie keine volle Identität der Korr.- und Sol.-Obl. behaupten. S. die desfallsige neuere Lit. und eine Kritik bei J. E. Kuntze, die Oblig. und die Singularsuccession u. s. w. S. 118. und noch später Windscheid in d. Kritischen Ueberschau, Bd. VI. S. 209 ff. Kuntze erklärt die Korr.-Obl. von den solidar. ihrem Wesen nach für nicht verschieden, jedoch einen Gegensatz kraft positiver Satzung als vorhanden, indem die letzteren der strengen Rechtskonsequenz gegenüber eine anomale Erscheinung seien (S. 132.), nur auf der passiven Seite vorkämen, und nur in einer beschränkten Art von Fällen anerkannt seien, wobei gewisse Solutionsweisen nur auf die einzelnen Obl. wirken, nicht auf alle (S. 230.). Rückert dagegen, in der Zeitschrift N. F. Bd. XII. S. 1 ff. erkennt zwar die von der herrschenden Theorie gelehrte Verschiedenheit der beiden Obl.-Arten an, greift aber die Zurückführung der desfallsigen angezogenen Quellenbestimmungen auf die juristische Natur der beiderartigen Obl. an. „Dem Merkmal der Einheit der Korr.-Obl. werde eine Bedeutung beigelegt, die beanstandet werden müsse, indem sie bezüglich der daran geknüpften Konsequenzen zu Verdunkelungen der Begriffe führe; sie gehe einerseits davon aus, dass Identität der Subjekte für die Einheit der Obl. nicht nothwendig sei, andererseits weise sie auf Punkte ausser dem Objekt hin, deren Gemeinsamkeit für die Identität der Obl. von Bedeutung sein solle. Eine nähere Bestimmung dieser den sog. objektiven Bestand der Obl. bilden helfenden Punkte seien die Begründer der neuen Theorie schuldig geblieben.“ Dagegen sucht Girtanner, die Bürgschaft u. s. w. S. 75., das Verhältniss der Korr.-Obl. im Sinn der neueren Theorie sich also zurecht zu legen: „um Mehrere zu Einer Obl. zu verbinden, seien zwei Wege denkbar, entweder Jeden als Träger der ganzen Obl. zu betrachten, — das sei aber nicht möglich, weil

verpflichtung Mehrerer vor Allem die Sicherung ihrer Erfüllung, daneben die Leich-

Jeder in gleicher Weise Theil nehmen solle, und in das Obl.-R. eine solche Auffassung, die dem Miteigenthum entsprochen haben würde, nicht aufgenommen sei; oder, keinen als definitiven Träger der ganzen Obl. zu betrachten, sondern jeden als eventuellen Gläubiger oder Schuldner; je nachdem für ihn dann der Fall eintrete, setze sich die Obl. auf Einen fest." Noch anders stellt ders. S. 399 f. die Sache dar: „es bestehe zwar für jeden *correus debendi* eine besondere Obl., alle diese aber stehen in dem Verhältniss einer elektiven Konkurrenz, so dass schon die Entscheidung des Gläubigers für die eine die andere aufhebe, und diese in eine bestimmte andere übergehe". — Diese Anschauung hat denn Fitting seinem Buch, die Natur der Korr.-Obl. Erl. 1859, zu Grunde gelegt, und eine neue Lösung versucht. „Die Korr.-Obl. seien mit den alternativen in enge Verbindung zu bringen, in beiden zeige sich derselbe Grundgedanke, nur nach verschiedenen Richtungen hin; darüber, wer Schuldner sei, entscheide die Auswahl". (S. 138.) Inzwischen werden wesentliche Abweichungen anerkannt, soweit, (S. 223.) dass, da der Gegner der *correi* sich auch an alle *pro parte* soll wenden dürfen, von Auswahl nicht mehr die Rede sein kann, die Parallele also als ganz unfruchtbar erscheint. Und daneben operirt Fitting mit den gangbaren Sätzen. Er geht: „zum Behuf der Enträthselung dieses Instituts von dem durch Ribbentrop unwiderleglich hergestellten begrifflichen Unterschied zwischen Korrealität und Solidarität" aus (S. 13.), obwohl er „die gewöhnliche Auffassung des Korr.-Verh. als einer einzigen Obl., die sich gleichzeitig und ungetheilt auf mehrere Gläubiger und Schuldner beziehe, den Quellen gegenüber für unhaltbar erklärt" (S. 134.). Und wie sich hiermit wiederum die Behauptung (S. 148.) verträgt, „bei Korr.-Obl. bestehe immer nur Eine Obl., ob wir nun im Uebrigen annehmen, es sei zunächst ungewiss, wie diese Obl. rücksichtlich der Subjekte beschaffen, oder welche aus mehreren Oblig. mit bestimmten Subjekten im gegebenen Fall begründet sei; erst die Wahl gebe darüber Aufschluss", — muss ich dahin gestellt sein lassen. Der Wahrheit näher dürfte Fitting damit kommen, wenn er die Frage, warum die Römer innerhalb der Solidarität zwei verschiedene Arten derselben, die blosse Solid. und die Korrealität unterschieden haben, mit der Vermuthung löst, dass die erstere auf innerer Nothwendigkeit, die letztere auf Willkühr der Partheien beruhe (S. 229.), und wenn er in praktischer Hinsicht wenigstens für das Justin. R. beide Arten als in den allgemeinen Begriff der „solidarischen Verbindlichkeiten" aufgegangen betrachtet (S. 254 f.). Diese Identität und also die Nichtexistenz eines Unterschieds in der Wirkung kraft der Natur der Obl. selbst darzuthun, hat sich die schon im J. 1857 erschienene Schrift von Helmolt, die Korr.-Oblig., zur Aufgabe gestellt, und m. E. mit Erfolg gelöst. (Die Abh. von Fritz Beitr. z. Lehre von den Korr.-Obl. in der Zeitschrift Bd. 17. (N. F.) S. 145 ff. ist in dem Augenblick, wo ich dieses schreibe, erst mit der Einleitung begonnen.) Die sehr heftigen Angriffe auf deren Beweisführung, die in Nebenpunkten allerdings solche zu provociren geeignet ist, von E. Zimmermann in der Heidelberger krit. Zeitschrift, und von Windscheid a. a. O. S. 215. thun dem Hauptresultat keinen Eintrag. Es kann hier nicht Absicht sein, die Beweisführung für und wider, auch nur auszugsweise wiederzugeben. Ich bemerke daher nur Folgendes. Die praktische Bedeutsamkeit des Streits darüber, ob in den hier vorausgesetzten Fällen Eine Obl. mit mehreren Interessenten *in solidum*, oder so viele Obl. als Interessenten vorhanden seien, beruht in der That nur in der Wirksamkeit gewisser Momente rücksichtlich des Fortbestands der Obl. ausser der wirklichen *satisfactio*. Wäre man von allen Seiten her über diese einig, so könnte der Streit als ein blosser Schulstreit bezeichnet werden; das ist aber freilich nicht der Fall. Dass man nun hier überhaupt zu der Idee Einer Obligation gekommen ist, hat seinen Grund nicht nur in der meist thatsächlichen Gemeinschaftlichkeit des Entstehungs-Akts der Obl. für die mehreren Interessenten, und in der Identität des nur einmal zu leistenden Objekts, (denn beides kommt auch bei der Obl. vor, welche die herrschende Theorie nicht als korreale, sondern als solidarische anerkennt,) sondern man kann dabei allerdings auf zahlreiche Stellen fussen, die das Princip der *una obl.* ausdrücklich aussprechen: *quum una est obligatio*, *una et summa est; duo rei ejusdem obligationis; tota obligatio; obl. communis; duo pluresve ejusdem oblig. participes*; *omnium obl. etc.* s. z. B. §. 1. *I. de Duob. reis etc.*

tigkeit und Bequemlichkeit ihrer Geltendmachung je nach Umständen, namentlich

fr. 9. *de Pactis*, fr. 116. *de V. O.* fr. 3. §. 1. fr. 9. §. 1. *de Duob. reis* (künftig *h. t.* cit.) fr. 34. §. 1. *de Solution.* c. 2. 5. *de Duob. reis.* Hierzu scheinen die von (im Sinn jener Theorie „blos") solidarisch Verpflichteten zuweilen gebrauchten Ausdrücke: *ut ejusdem pecuniae debitores*, *quasi rei ejusdem debiti*, *quasi unius damnum sit*, einen treffenden Gegensatz zu bilden, s. z. B. fr. 38. pr. 45. *de Administr. tut.* fr. 19. pr. *de N. A.* Und demnächst ist die neuere Theorie vorzugsweise auf eine Anzahl von Stellen gegründet, welche sich auf die (veraltete) Klagenkonsumtion durch *litis cont.* und die damit eintretende Befreiung des anderen, nicht verklagten *correi* beziehen, und sich ohne die *una obl.* nicht erklären zu lassen scheinen, wonach man denn bald aus jener überall auf das Dasein von Korr.-Obl. schloss, so dass, wie Helmolt S. 18. nicht ganz mit Unrecht sagt, die ganze Theorie jenem antiquirten Institut zu Liebe aufgebaut zu sein scheint. Allein, den ersteren Grund anlangend, so sind nicht weniger zahlreiche Stellen vorhanden, in denen von *utraque*, und *duabus obligationibus* die Rede ist, s. z. B. §. 1. *I. h. t.* fr. 5. *de Fidejuss.* — (*si reus promitt. reo promitt. heres extiterit*, *duas obligat. sustinet. Si reus stipul. extiterit heres rei stip., duas species obligat. sustinet.*) s. ferner fr. 82. §. 5. *de Leg.* I. fr. 13. pr. *de Leg.* II. fr. 3. 13. *h. t.* fr. 5. 21. §. 4. p. 71. *de Fidejuss.* fr. 93. *de Solut.*, nicht zu gedenken derer, in welchen *quodammodo duo rei* von mehreren solidarisch verpflichteten Personen gesagt wird, welche die neue Theorie nicht als *correi* betrachten konnte, s. z. B. fr. 5. §. 15. *Commodati*, fr. 31. §. 10. *de Aedil. Ed.* Somit heben sich Grund und Gegengrund vollkommen. Ist es vielmehr nach dem regelmässigen Obligationsbegriff und den allgemeinen Principien unbestreitbar, dass, wo von Rechten oder Verbindlichkeiten mehrerer Personen auf denselben Gegenstand die Rede ist, so viele Obligationen wie Personen vorhanden sind, und sogar von den Anhängern der neuen Theorie unbestritten, indem sie selbst die von ihnen gelehrte Einheit der Obl. als eine Anomalie bezeichnen (vergl. Ribbentrop S. 14. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 216. Brinz krit. Bl. Nr. 4. S. 42.), so muss die in den gedachten Quellenzeugnissen vorkommende Vorstellung von der Einheit der Obl. der Mehreren lediglich als ein formeller Gesichtspunkt betrachtet werden, von dem aus sich einzelne Erscheinungen, namentlich rücksichtlich der Befreiung durch ein Ereigniss in der Person des Einen auch für den Anderen bequemer zu Recht legen und mit Anwendung einer Vergleichung leichter deduziren liess. Es ist darauf nicht mehr Gewicht zu legen, als wenn in fr. 9. pr. *de Pactis* von mehreren *correis* gesagt ist, dass sie *unius loco numerantur* (was manche Schriftsteller sogar eine Personalunität zwischen ihnen hat annehmen lassen; selbst Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 139. nennt noch die *correi:* „zu einem künstlichen Ganzen verbundene Gläubiger und Schuldner"). In der That wäre nur mit einer solchen Personeneinheit die rechtliche Möglichkeit der Einheit der Obl. mehrerer *correi* gegeben. Allein eine solche ist nicht nur dem R. R. wirklich fremd, sondern es werden sogar ganz ausdrücklich die Obl. der *correi*, ungeachtet der *par caussa*, als zwei *propriae singulorum*, oder auch in *cujusque persona consistens*, genannt, fr. 9. §. 2. *h. t.* vergl. ferner fr. 2. 3. §. 1. fr. 6. pr. *h. t.* fr. 31. §. 1. *de Novat.* C. 1. *h. t.* §. 1. *I. h. t.* Und hiervon zeigen sich denn die konsequenten Folgen u. A. darin, dass *ex duobus reis promittendi alius pure*, *alius in diem vel sub conditione obligari potest*, §. 2. *I. h. t.* fr. 7. *h. t.*, sowie in der Fortdauer der *duae obl.* jedes von zwei *correis*, wenn einer den andern beerbt hat. (S. Helmolt S. 165 ff. und dort die Auslegung der Hauptstellen fr. 13. *h. t.* fr. 5. *de Fidejuss.* und fr. 3. *h. t.*) In diesen Stellen erkennen die Anhänger der neuen Theorie selbst theils offenen Widerspruch an, (Brinz krit. Bl. S. 2. 7.) theils, „dass die Römer hierbei nicht scharf genug und ungenau reden" (vergl. die bei Helmolt S. 163 f. Gen.) während Alles dazu hindrängt, dass sich die Sache gerade umgekehrt verhalte, und damit das Wesentliche, der Inhalt der vorstehend von fr. 9. §. 2. *h. t.* an citirten Stellen wirklich gar nicht getroffen, also auch nicht erklärt wird. Hieraus ist klar, welch' mächtiges Gewicht die Gegner auf den zweiten obgedachten Umstand, die konsumirende Kraft der Lit. Kont. mit Einem *correus* legen, indem sie diese allein für Korreal-Obl. in ihrem Sinn, also im vermeintlichen Gegensatz zu Solidar-Obl., als zweifellos entscheidend einmüthig anerkennen. Auch diese Argumentation hat Helmolt durch die versuchte Beweisführung, dass die Frage von der gedachten Wirksamkeit der L. C. an sich damit gar nichts zu thun habe, ob Korr.-

Zeit und Ort, wider jeden allein, — für die Solidarberechtigung Mehrerer aber

Obl. vorhanden seien, oder nicht, sondern, dass jene selbstständig, d. h. aus besonderen Gründen der einzelnen Verhältnisse — in denen sie eintritt, oder nicht eintritt, — zu widerlegen unternommen. „In dieser Hinsicht sind namentlich danach zwei Klassen von Fällen zu erkennen, in welche sich die einzelnen einrangiren, wonach manche Solidarschuldner nur durch *satisfactio* frei werden, andere schon durch *litis contestatio*, des Gläubigers mit Einem von ihnen, („beschränkte", „begünstigte Befreiung") und manche Solidargläubiger durch *lit. cont.* mit dem Schuldner die übrigen ausschliessen, andere nicht („begünstigte und nichtbegünstigte Prävention"). Vergl. dens. S. 24. 51. 59. 62. 67—83. So hat die *lit. cont.* für *plures dominos* eines Sklaven, der Schaden angerichtet hat, die konsumirende und sie befreiende Wirkung nur dann, *si omnibus ignorantibus deliquerit* (und zwar, wohl zu merken, obschon sie dann nicht Korr.-Schuldner sind,) nicht aber *si scientibus*, fr. 5. pr. *de N. A.* (über fr. 20. pr. *de Interrog. in j.* s. S. 54.); die gedachte Wirkung geht der *lit. cont.* ferner in den nachher im Text unter Nr. 3, 4, und 8, gestellten Fällen (bei Anm. 33 ff.) nach Helmolt darum ab, weil das Solidarverhältniss in ihnen durch gemeinsamen *dolus* oder *culpa* begründet ist, — bei der *a. de effusis etc.* gegen mehrere Bewohner desselben Stockwerks, weil dies im öffentlichen Interesse beruht; — hieraus erklären sich die hierher gehörigen Stellen, z. B. fr. 5. §. 15. *Commodati*, fr. 1. §. 43. *Depositi*, fr. 4. (coll. fr. 1. §. 1.) *de Effusis*, fr. 1. §. 14. fr. 15. *de Tutelae act.* (und hierzu Helmolt S. 75 ff.) Andererseits werden, wenn Mehrere *ex noxa ejusdem servi* Gläubiger sind, durch die prävenirende Klage des Einen die anderen nicht ausgeschlossen, sondern erst dadurch, wenn jener in den Besitz des Sklaven durch *noxae deditio* gekommen ist, fr. 14. pr. *de N. A.* und zwar darum, weil sich nicht einsehen liess, weshalb einer vor dem anderen den Vorzug haben solle, so dass man es dem Zufall überliess, wer zuerst zum Erfolg gelangte. (Anders, wenn die Beschädigten als *condomini* der beschädigten Sache schon in Gemeinschaftsverhältniss standen, fr. 19. pr. *eod.* s. Helmolt S. 58.) Die Wirkung der *lit. cont.* rücksichtlich der *a. furti* in fr. 6. *Commodati* dagegen, von Seiten eines von mehreren bestohlenen Kommodataren, ist daraus zu erklären, dass sie schon durch den gemeinschaftlich gemietheten oder kommodirten Gegenstand in Verbindung standen. (Ders. S. 68.) — Was nun die durch Vertrag oder Testament entstandenen Korrealobligationen anlangt, so bot sich für die Frage von der Wirksamkeit der *lit. cont.* mit einem *correus* bezüglich der anderen, in deren Entstehungsgrunde, d. i. dem Willen, in sofern ein Mittel zu deren Beantwortung dar, als es auf dessen Auslegung ankam. Dass man sich erst allmälig der (im Zweifel) bejahenden Ansicht zugewendet habe, (*fere convenit*) sagt ausdrücklich fr. 31. §. 1. *de Novat.* Welche Gründe dazu bestimmend beigetragen haben, kann dahingestellt bleiben. Dass darüber lange verschiedene Ansichten obgewaltet haben, lässt sich denken, und es mögen viele Stellen noch Andeutungen davon enthalten, die den Interpreten zu schaffen machen (vergl. Anm. 17). Hiervon sind denn auch allgemeine Aussprüche, wie in fr. 2. und 16. *h. t.* zu verstehen und demgemäs zu würdigen (s. Helmolt S. 69.). Ganz direkt erfahren wir nun aus c. 28. *de Fidejussor.*, dass allmälig die Rechtsanschauung im Volk mit dieser strengjuristischen Auffassung und Konsequenz dergestalt in Widerspruch getreten sei, — indem man *pactis conventis in usu quotidiano* sich dagegen, dass nicht *unius electione praejudicium creditori adversus alium fiat*, zu sichern pflege, — dass der Kaiser es für nothwendig halte, dieselbe als dem Rechts- und Verkehrswillen zuwider *legis auctoritate* vollständig zu beseitigen. Eine innere Nothwendigkeit der konsumirenden Kraft der *lit. cont.* auf Korrealobl. hat also niemals bestanden, und der Schluss, dass überall, wo dieselbe in den Quellenzeugnissen in Anwendung auf mehrere Ansprüche oder Verbindlichkeiten verschiedener Personen mit Bezug auf denselben Gegenstand hervortrete, nur eine einzige ungetheilte Obl. vorhanden sein könne, ist unrichtig, und nach der c. 28. *d.* würde für das Justin. Recht die theoretische Anschauung von der *una obl.*, als einem anerkannten Anomalon, mit wichtigen praktischen Folgen, nicht einmal dann mehr aufrecht zu erhalten sein, wenn sie wirklich im älteren R. R. bestanden hätte." — Lässt nun auch die Beweisführung im Einzelnen Manches zu wünschen übrig, so ist doch m. E. hierdurch die ohnehin höchst prekäre Grundlage, welche die gangbare Ansicht in die Wirkung und Be-

besonders die Sicherheit und Bequemlichkeit der Leistung [11]. Dabei ist es möglich, dass die Verpflichtung der mehreren Solidarschuldner keine gleichmässige, sondern die des einen (oder mehrerer) eine principale, die des (oder der) anderen eine accessorische ist, (s. §. 84. II.) dieses besondere Verhältniss ordnet sich aber unter die dahin gehörigen Institute, z. B. die Bürgschaft, weiter [12]. Im Folgenden ist

deutung der *lit. cont.* setzt, so erschüttert, dass ich sie für unhaltbar anerkenne. — Muss ich mich hiernach für die Ansicht erklären, dass ein Unterschied zwischen Korr.- und Solidarobl., wie sie die Keller-Ribbentrop'sche Theorie vorträgt, nicht existire, sondern, dass überall, wo Mehrere *in solidum* Gläubiger oder Schuldner sind, niemals Eine, sondern immer so viele Obl. vorhanden seien, wie Personen, so fragt sich nun ferner, wie sich die Sache im Verkehr und in der Praxis verhalte und gestalte, und was in dieser eigentlich Rechtens sei? Allerdings ging die in der Theorie, wie in der Praxis bis vor 25 Jahren herrschende, ältere Ansicht dahin, dass umgekehrt die Solidar- oder (resp. und) Korrealobligation nur Eine sei, und es könnte somit scheinen, dass ihr die diesseits vertretene Ansicht diametral widerstrebe, während die Keller-Ribbentrop'sche Theorie sich ihr mehr nähere, und gewissermaassen in der Mitte stehe; allein das ist durchaus nicht der Fall. Nur soviel steht fest, dass die letztere (wenigstens m. W. und ich glaube schwerlich, Widerspruch zu begegnen) in die Praxis keinen Eingang gefunden hat, ja wegen ihrer ungemeinen Komplikationen und nicht einleuchtenden Distinktionen ihn zu finden gar nicht geeignet war. Dagegen sind im Rechtsverkehr, namentlich für die Verpflichtung, die Ausdrücke: correaliter, solidarisch, sammt und sonders, alle für Einen und Einer für alle, und ähnliche andere, als völlig gleichbedeutend gebräuchlich, und zwar alle in der Absicht und zu dem Zweck von Seiten der Paciscenten, eine möglichst feste und sichere Verpflichtung jedes einzelnen der mehreren Schuldner auf das Ganze für den Gläubiger zu begründen. Allerdings können, wiewohl es seltener vorkommt, auch mehrere Gläubiger gegen Einen Schuldner *in solidum* gleichmässig berechtigt sein; das pflegt jedoch andere Motive, namentlich der Bequemlichkeit für den Schuldner, zu haben, und wenn zwar das Wesen der Sache hier dasselbe ist, d. h. so viele Obl. wie Gläubiger, nur mit einmaliger Leistung als vorhanden anzunehmen sind, so kann doch für die obige Frage diese Anwendung in den Hintergrund gestellt bleiben. Dass die ältere Theorie und Praxis mit ihrer Anschauung von der Einheit der Obl. in der besten Meinung waren, sich mit dem wahren Sachverhältniss nach den Rechtsquellen in voller Uebereinstimmung zu befinden, ist so wenig zu bezweifeln, als dass sie durchaus nicht bezweckten, etwas Neues und Besonderes konstituiren zu wollen. Es war eben ihre theoretische Auffassung. Wird nun der überzeugende Beweis geliefert, dass in einem solchen Fall immer nothwendig mehrere Oblig. und nicht blos Eine eingegangen und entstanden sein müssen, und dass die Rechtsquellen wirklich auch diese Ansicht wiedergeben, indem sie die allein rechtlich mögliche ist, so kann an deren Aufnahme und ihrer unmittelbaren Anwendung in der Praxis um so weniger ein Bedenken obwalten, als der dabei vorausgesetzte praktische Zweck dadurch, und mit den daraus fliessenden Konsequenzen vollständigst erreicht wird. Denn es kommt für jene vorzugsweise darauf an, was den ganzen Streit über die Grenzen eines Schulstreits, wie obgedacht erhebt, und gerade darin genügt die Theorie von der Mehrheit der Obligationen deren Ansprüchen vollkommen, und gelangt ganz und gar zu den von der Praxis beabsichtigten Resultaten. Man bleibt also mit dieser vollkommen mit der Praxis in Einverständniss, während sich die Keller-Ribbentrop'sche Theorie von ihr entfernt hat. Vgl. noch Anm. [13].

[11] Vergl. Savigny Obl.-R. Bd. II. §. 22. Helmolt a. a. O. §. 3. Die passive Solidarobl. ist also im vorherrschenden Interesse des Gläubigers zu denken, die aktive in dem des Schuldners. Indessen ist soweit alles thatsächlicher Natur, das Weitere liegt blos in der juristischen Konsequenz. Es versteht sich, dass das Verhältniss auch zwischen mehreren Solidargläubigern und mehreren Solidarschuldnern ganz ebenso besteht.

[12] Ueber das Verhältniss der Bürgen — *qui alieno nomine obligantur*, fr. 1. §. 8. *de O. et A.* — und dass diese keine *correi* des Hauptschuldners seien, (was namentlich die Ribbentrop'sche Theorie annimmt), obwohl sie mehrfache Aehnlichkeit mit ihnen wegen der schuldigen *una summâ, eadem pecunia* haben, und das mehrerer Bürgen zu einander s. Helmolt S. 96 ff. 125 ff.

daher vorherrschend von mehreren Solidarhauptobligationen oder, mit einem anderen Wort, von Korrealobligationen die Rede [13]. Jede derselben hat also als solche ihren besonderen Bestand rücksichtlich der mehreren Gläubiger oder Schuldner für sich, und nur im Gegenstand beruht ihr Zusammenhang und in der Erfüllung besteht ein gemeinschaftlicher Berührungspunkt, indem, sobald sie an Einen oder von Einem geschehen, die Obligationen nach allen Seiten hin erledigt sind, und also für die anderen Gläubiger oder Schuldner erlöschen [14]. Dahin gehört namentlich die Zahlung und die Befriedigung im weitesten Sinn (s. §. 90. und 103.) [15]; ferner die aussergerichtlich erfolgte, oder gerichtlich durchgesetzte Kompensation, während sich jedoch ein Korrealschuldner auf den seinem Mitschuldner zuständigen Kompensationsgrund nur dann berufen kann, wenn er mit jenem zugleich in einem Gesellschaftsverhältniss steht [16]. Soweit jedoch durch einen nur bezüglich Eines der Korrealschuldner oder Gläubiger erwachsenen Erlöschungsgrund wirkliche Befriedigung nicht eintritt, ist für die Annahme der Aufhebung der Obligation auch bezüglich des oder der Anderen der Wille der bei der Entstehung derselben betheiligten Personen und dessen Auslegung als maasgebend zu betrachten [17]. Demge-

149 f. — Hierbei ist noch der *act. adjectit. qualitatis* zu gedenken, welche von Anderen (mit diesen früher auch von mir) zu den Korrealobl. im doktrinellen Gegensatz zu den Solidarobl., von Manchen (z. B. Savigny a. a. O. S. 74. Nr. 3.) zu den letzteren gezählt, von Helmolt S. 93 ff. (und zwar absolut nur die *a. exercitoria, institoria* u. *quod jussu*), als Solidarnebenobligationen bezeichnet werden. Letzteres erkenne ich vom Standpunkt des R. R. als richtig an. Mit der Stellvertretung bei Kontrahirung von Obl. im heut. Recht (s. §. 102. bes. Anm. 15 und 54.) hat sich jedoch dies vollständig geändert, so dass denn auch die nachher unter Nr. 6) aufgezählten Fälle gegenwärtig als mehrere Solidar-, Haupt- (Korreal-) Obligationen erscheinen, indem der Vertreter des Principals jetzt aus dem Verhältniss als gänzlich ausgeschieden zu betrachten ist.

13 Der Sprachgebrauch unter Juristen und Nichtjuristen ist schwankend; der neuere ist von der in Anm. 10 erwähnten neueren Theorie abhängig, indessen die danach gelehrte Distinktion nicht einmal den Juristen geläufig geworden, und ganz bestimmt nicht in's Rechtsleben eingedrungen, da diesem sogar die Theorie selbst fremd geblieben ist. Dass, wenn man den Ausdruck Korrealobligation neben dem der Solidarobl. beibehalten will, man denselben nur auf die Verbindung mehrerer Solidar-Hauptobligationen anwenden sollte, hat Helmolt a. a. O. §. 7. in Uebereinstimmung mit dem römischen quellenmässigen Sprachgebrauch der *duo (pluresve) rei* oder *correi*, vertheidigt. Nothwendig ist selbst dieser berichtigte Ausdruck weder für die Doktrin noch für die Praxis. Es wäre zur Vermeidung von Irrungen oder Verwechselungen besser, den Ausdruck der Korrealobl. ganz aufzugeben und nur den der Solidarobl. zu behalten, und aus den Umständen ihrer Entstehung erkennen zu lassen, ob mehrere Hauptobl. oder Haupt- und Nebenobligationen zusammentreffen.

14 §. 1. *I. de Duob. reis*, fr. 2. 3. in f. *h. t.*

15 Fr. ult. *h. t.* (fr. 54. *de Solut.*) §. 1. *I. h. t.* fr. 31. §. 1. *de Novat.* (Ueber theilweise Leistung an mehrere Gläubiger s. fr. 34. §. 1. *de Solut.*) Gleiche Wirkung haben auch die Surrogate der Erfüllung, gerichtliche Deposition der Zahlung, *in solutum datio*, vgl. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 163 f.

16 S. 1) fr. 4. *qui potior.* 2) fr. 10. *h. t.* Wenn *correi cred. socii* sind, wird zwar zuweilen dasselbe behauptet, vgl. Glück Komm. Bd. IV. S. 522 f., allein die Konsequenz spricht dagegen, s. Vangerow S. 89. — Ueber den Einfluss des Societätsverhältnisses bei Korr.-Obl. S. Helmolt S. 154.

17 Mit den nun folgenden Gründen der Aufhebung der Obl. hat es seine besondere Bewandniss, indem sich darin keine absolute, streng rechtlich doktrinäre Entwickelung erkennen lässt, sondern nur eine Berücksichtigung der Umstände unter dem Gesichtspunkt des Willens der Betheiligten, resp. seiner Annahme und Auslegung im Zweifel. In den Quellenzeugnissen finden sich zahlreiche Detailuntersuchungen, die ein allmäliges Fortschreiten bekunden, wobei es an Zweifel und Streit unter den Juristen nicht gefehlt haben wird, s. fr. 71. *de Fidejuss.* (*justa dubitatio — et puto*, in Anwendung auf die *confusio*) fr. 31. §. 1. *de Novat.*

mäs wirken im Zweifel bei den durch Vertrag oder Testament entstandenen Korrealobligationen für und wider alle gleich der wirklichen Befriedigung: die Novation der Schuld (s. §. 105. Anm. 2.)[18], die Aufhebung der Schuld, so dass diese

(*fere convenit* über: *uni solvere*, *unum petentem totam rem in jud. deducere*, über *unius acceptilatio etc.*) und zwar mit Rücksicht auf die Entstehungsarten der Korr.-Obl. (Gerade das Zusammenwerfen aller dieser Fälle musste in der bisherigen Doktrin zu daraus abstrahirten falschen allgemeinen Sätzen führen, wobei eine grosse Menge Streitmaterial im Einzelnen übrig blieb. Dass es unmöglich sei, die Aufhebungsgründe in eine bestimmte Klassifikation einzuzwängen, vielmehr dabei Unterscheidungen gemacht werden müssen, hat Helmolt S. 135 ff. dargethan, dem ich hier folge.) Dass nämlich die Zahlung, resp. *satisfactio*, für und wider alle *correos* ihre Wirksamkeit äussern müsse, ist an sich klar; ebenso, dass bei ursprünglicher Anschauung sie allein wirke. Dass die römischen Juristen auch die anderen Aufhebungsgründe der Obl. in den Kreis ihrer Betrachtungen der Korr.-Obl. zogen, lag nahe, ebenso war es natürlich, dass sie dabei oft verschiedener Meinung sein mogten, obwohl sie für die Hauptfälle zu gewissen allgemeinen Gesichtspunkten gelangten, aber zugleich auch dahin, dass verschiedene Fälle verschieden zu behandeln seien. So hat man denn namentlich zu unterscheiden zwischen den durch Delikte und Widerrechtlichkeiten, und den durch darauf gerichteten Willen entstandenen Korr.-Obligationen. Von den ersteren konnte es keinem Anstand unterliegen, dass man bezüglich der Aufhebung ohne besonderen Grund nicht über die *satisfactio* hinausgehen dürfe, die in solchen Fällen vom Gläubiger als sicherlich gewollt angesehen werden muss. Für die letzteren als Rechtsgeschäfte dagegen konnte rücksichtlich anderer Aufhebungsgründe der Wille der Betheiligten und seine Auslegung als ein vorzüglich in Betracht zu ziehendes Moment nicht verkannt werden. Der Beweis dafür ist nicht nur in allgemeinen Gründen der Art enthalten, dass durch diese Unterscheidung und Anschauung sich die sonst unklaren Verhältnisse vollständig aufhellen, sondern direkt darin, dass alle Stellen, welche andere Aufhebungsgründe als die *satisfactio* berühren, nur durch den Willen der Paciscenten, resp. des Testators, entstandene Korr.-Obl. betreffen. Die Folge davon ist nun die, dass die Gründe der letzteren Art auf die erstgedachte Klasse der Korr.-Obl. als solcher gar keinen Einfluss ausüben, m. a. W. nur bezüglich der Personen der an einem Korr.-Verhältniss von dieser Entstehung aktiv oder passiv Betheiligten wirken, für und wider welche sie entstehen. Dagegen besteht ein solcher auch die Obl. der übrigen Personen betreffender Einfluss für die Fälle der zweitgedachten Klasse, und zwar ist seine Wirksamkeit als eine im Zweifel anzunehmende von der Doktrin der römischen Juristen anerkannt worden. (S. z. B. fr. 16. *de Acceptil.* fr. 31. §. 1. *de Novat.* dazu Helmolt S. 141.) Man ist dabei einmal an die danach aufgestellten allgemeinen Gesichtspunkte, nicht minder aber auch an die Umstände der konkreten Fälle gewiesen. Unter diesen Gründen, die also alle einen positiven Charakter haben, und mit keiner logischen Nothwendigkeit folgen, lassen sich wieder zwei Arten sondern, indem für eine Anzahl derselben eine Aehnlichkeit mit der *solutio* angenommen wird, die sehr weit geführt ist (s. Anm. [19]), für eine andere Zahl aber nicht, so dass sie eine rein formelle Natur haben. Zu diesen letzteren war im klassischen R. R. allmälig (fr. 31. *d.*) auch die Litiskontestation vermöge ihrer konsumirenden Wirkung gezogen worden, womit jedoch in späterer Zeit die Rechtsanschauung im Leben in Widerspruch getreten war, so dass sie Justin. in c. 28. *de Fidejuss.* ausdrücklich aufhob. S. Anm. [10] a. E. Ausserdem hat die Handhabung mancher im heutigen Rechtsleben einige Schwierigkeiten, s. Anm. [19] und [21], in Bezug auf die in letzterer erörterten ich bemerke, dass Helmolt die besondere Gefälligkeit gehabt hat, mir seine Ansichten darüber handschriftlich mitzutheilen.

[18] Fr. 31. §. 1. *de Novat.* (sie steht der wirklichen Befriedigung zunächst, §. 105. [4]). Es ist jede wahre Novation gemeint, und es kommt nur darauf an, ob das betr. Uebereinkommen eine solche sei. Vergl. Ribbentrop a. a. O. S. 269. Savigny a. a. O. S. 165. Streitig ist dabei die Auslegung der Zwischenworte: *si id specialiter agit*, die manche so verstehen: *ut eum ab altero liberet*, auch Helmolt a. a. O. S. 142. [21], Andere so: *ut prior obl. novetur*, s. Savigny, der sie für einen durch c. 8. *de Novat.* bedingten Zusatz hält; die letztere Auslegung ziehe ich vor. Das damit vermeintlich in Widerspruch stehende und vielfach disku-

selbst als empfangen angenommen und dadurch getilgt wird, sowie der Vertrag, die Schuld nicht fordern zu wollen, sobald dieser nur nicht ausschliesslich auf den paciscirenden Mitschuldner beschränkt worden ist[19]; der Vergleich, in sofern er

tirte fr. 27. *de Pactis* ist (indem am Schluss hinter *reis stip.* wiederholt zu denken ist: *scil. sociis,*) davon zu erklären, dass hier das Societätsverhältniss sich unter das Korrealverhältniss stellt, indem, nach fr. 68. *Pro socio*, *nemo ex sociis plus parte sua potest alienare, etsi totorum bonorum socii sint.* Vergl. Helmolt S. 157, auch über das interessante fr. 34 *h. t.*, in welchem die Societät auch eine entscheidende Rolle spielt. — Ueber das *constitutum* und fr. 10. *de Pecun. const.* s. Savigny S. 167 f. Es ist blos eine Verstärkung der alten Obl. und diese Stelle scheint aus einem Irrthum aufgenommen zu sein, indem sie einer älteren, im Allgemeinen verworfenen Meinung noch anhängt.

19 S. §. 107. Anm.[2] und den Text bei Anm. [18]—[20]; danach kann die Acceptilation als unpraktisch ausser Betracht bleiben. Dagegen besteht über die Wirksamkeit dessen, was an deren Stelle getreten, und im Besonderen des *pacti de non petendo* mannigfaltige Meinungsverschiedenheit. 1. Manche legen dem *p. d. non pet. in rem* gleiche Wirkung wie der röm. *acceptilatio* bei, so Guyet Abh. S. 287. und die dort Gen. und Göschen Vorles. Bd. II. Abth. 2. S. 233 f.; s. dagegen Büchel Erört. Bd. II. S. 45 ff. und vorzüglich Vangerow S. 107. u. 395 ff. (6. Ausg.) Es scheint mir, dass man nach beiden Seiten hin zu weit gegangen ist, indem doch eine Uebereinkunft, wie die des obgedachten Inhalts, als rechtlich gültig nicht zu leugnen ist. Allerdings kann man sie nicht etwa als eine moderne Acceptilation betrachten, und so Alles von dieser Geltende auf sie übertragen, und es fragt sich daher, worauf die angenommene Wirksamkeit derselben gegründet werden soll. In Fällen der Art kann ein Gemisch von Solution und Novation vorkommen, — dann äussern diese ihre Wirkung; es ist aber auch das Gegentheil möglich, und zwar ohne dass man bis auf ein blosses *pact. de non pet.* oder Aufhebung *contrario consensu* zurückgewiesen wäre (s. Fritz zu Wen. Bd. II. S. 422. und §. 107. Anm.[2] Zus.). Beschränken wir uns nun zunächst auf das römische *pact. de non pet.*, so herrschen auch 2. über dessen Wirksamkeit mehrfache Streitigkeiten. Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden: 1) dass nicht einer von mehreren Korrealgläubigern einen die anderen bindenden Nachlassvertrag, *pactum de non petendo*, mit dem Schuldner schliessen kann, und zwar auch dann nicht, wenn eine *societas* zwischen jenen besteht, ergiebt fr. 27. pr. *de Pactis*, vgl. Anm. [18]; ein ferneres ganz bestimmtes Argument, welches ich aber nirgends benutzt gefunden habe, ist das Schweigen des fr. 21. §. 5. *eod.* auf die darin zu Anfang aufgeworfene Frage, denn fr. 27. pr. *d.* ist doch nicht für die Antwort, oder wenigstens nicht für die ganze zu halten. Die Auffassung der Basil. XI. 1. 21. u. schol. 10. freilich, wonach die Bejahung auch auf mehrere *corr. credendi* bezogen und ein höchst gekünstelter Fall, um die Möglichkeit zu beweisen, konstruirt wird, muss ich für verfehlt erachten. (Andere scheinen hierauf noch nicht aufmerksam geworden zu sein.) Die angesehensten Pandektisten sind darüber auch einverstanden, z. B. Thibaut, Mühlenbruch, Fritz, Göschen, Unterholzner und Vangerow, Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 173 ff. s. die bei Mühlenbruch §. 493. [11] und bei Vangerow S. 105. (6. Ausg.) Gen., sowie auch bei letzterem die Widerlegung einiger abweichenden Meinungen, von denen vorzüglich die, welche der *societas* den vorher verneinten Einfluss beilegt, namhafte Anhänger hat, s. Glück Komm. Bd. IV. S. 521. und die Sammlung röm. Gesetze u. s. w. (Uebersetz. des Pand.-Titels *de Pactis*, Frankfurt 1785.) S. 47 f. — angeblich von Höpfner. — 2) Ueber die Wirksamkeit des von einem von mehreren Korrealschuldnern abgeschlossenen *pact. de non petendo* ist Meinungsverschiedenheit; es handelt sich dabei besonders um die Auslegung des fr. 21. §. 5. u. fr. 22—27. pr. 32. *de Pact.* In älterer wie in neuerer Zeit ist danach die Ansicht von den Meisten gebilligt worden, dass je nach der Absicht der Pasciscenten, also je nachdem das *pactum in personam* oder *in rem* geschlossen worden, eine Rückwirkung auf die Schuld selbst, und mithin für die Mitschuldner, nicht eintrete, oder dann und deshalb eintrete, wenn und weil die, welche zahlen müssten, an den paciscirenden *correus* den Regress nehmen könnten, und diesem also dann sein *pactum* indirekt nichts helfen würde. Vergl. Braun's Erört. zu Thibaut Bd. I. S. 239 f. u. Vangerow S. 96 ff. und die bei letzterem Gen. Viele beschränken die Möglichkeit der Rückwirkung auf ein Societätsverhältniss (namentlich die

theils Befriedigung, theils den Erlass der Schuld in sich begreift, letzterer mit der soeben gedachten näheren Bestimmung[20]. — Dagegen treten die übrigen Erlöschungsgründe der Obligationen, gleich den aus besonderen Thatsachen erwachsenden Exceptionen, nur in Bezug auf die einzelnen Gläubiger oder Schuldner und also wider die einzelnen Obligationen ein, während die der anderen davon nicht berührt werden und unversehrt fortbestehen. Dahin gehören namentlich: die rechtskräftige freisprechende Entscheidung[21]; das Näm-

Gen.); andere verwerfen diese Beschränkung, s. z. B. Bülow Abhandl. Thl. II. S. 170 f. Unterholzner Bd. I. S. 484., noch andere stellen alle, welche, wenn sie bezahlen müssen, einen Regress haben, den *socii* gleich, s. z. B. Fritz S. 420. 230. Hierneben bestehen dann noch verschiedene darin abweichende Meinungen, dass die *exc.* aus einem solchen *pacto* eine theilweise Wirkung auf die Forderung äussere, s. Bülow a. a. O. und Guyet Abhandl. S. 280 ff. Zu den vorstehend gen. Schriftstellern kommt neuerlich noch Helmolt hinzu, S. 151 ff., welcher der von Vangerow ebenfalls angenommenen Meinung beitritt, die Korrealschuldnern die *exc. ex pacto correi* dann zugesteht, wenn sie *socii* sind. Hierin ist also eine sehr wesentliche Beschränkung ausgesprochen; Savigny (S. 177.) hingegen findet in diesem Fall nur eine Anwendung des Princips der Zulässigkeit der *exc.* für den *correus:* „wenn der paciscirende *correus* ein eigenes Interesse daran habe, dass der zweite die *exc.* gebrauche, d. h. wenn die gegen den zweiten durchgeführte Klage in ihren Folgen den ersten treffen würde.“ Ich weiss nicht, warum er nicht direkt den zuständigen Regress nennt, denn auf diesen kommt es hinaus. Und damit bin auch ich natürlich vollkommen einverstanden, nur in sofern in noch weiterem Umfang, als ich den Regress nach Anm. 52 als ganz allgemein für Solidar-Haupt-Schuldner annehme. Ist nämlich das Princip in fr. 21. §. 5. *Et in rem pacta omnibus prosunt, quor. oblig. dissolutam esse ejus, qui paciscebatur interfuit,* als allgemeines aufgestellt, so versteht sich von selbst, dass, wenn auch zu der Zeit, wo es entstanden, die Zahl der Fälle dieser Art geringer war, es auf alle neu hinzukommenden anzuwenden sei. — Was nun von der Wirksamkeit eines eigentlichen, blossen *pactum de non petendo in rem* gilt, das ist auf solche Erlassverträge, denen ein die Schuld selbst eigentlich tilgender Charakter beigelegt ist, um so mehr auszudehnen, und zwar werden diese ihrer Natur nach regelmässig von selbst *in rem* sein, indem wenigstens die Annahme der Tilgung der Schuld selbst gegen nur Einen von mehreren *correis* in Widerspruch mit sich selbst stehen dürfte; doch soll damit der Auslegung des konkreten Falls nicht vorgegriffen sein. Hier kommt namentlich noch fr. 25. §. 1. — fr. 26. in Betracht: *personale pactum ad alium non pertinere, — sed quamvis fidejussoris pactum reo non prosit, plerumque tamen doli except. reo profuturam, Jul. scribit, videlicet si hoc actum sit, ne a reo quoque petatur. Idem et in confidejussoribus est,* — welches das eben Gesagte bestätigt. — Muss nun aber der Grund: *quorum interest etc.* nicht auch im Fall eines wirklich auf die Person beschränkten *p. de non pet.* zur Anwendung kommen, sobald nur die Regressklage als zuständig erscheint, und hierin ein übergreifender Grund erkannt werden? Indessen ist doch der Ausspruch des fr. 25. §. 1. *d.* zu entschieden, um ihn durch die Kombination als ausgeschlossen betrachten zu können. Der Paciscent wird es vielmehr in einem solchen Fall sich selbst zuschreiben müssen, wenn das *pactum* nur personell gefasst worden, dass er dem *correus* zum Ersatz verpflichtet bleibt. Ebenso ist der Fall der *liberatio legata* zu beurtheilen, fr. 3. §. 3. *coll.* fr. 5. pr. §. 1. *ej. tit.* d. h. der klare Wille des Testators, nur Einen zu befreien, muss als maasgebend anerkannt werden, aber dieser Wille ist freilich nicht so stark, um die Regressklage ausschliessen zu können.

20 Vergl. Savigny a. a. O. S. 179.

21 Nach der in der Doktrin bis jetzt herrschenden Theorie (Ribbentrop S. 262. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 184 ff.) werden der Eid über *dari non oportere*, und die Absolution wegen Nichtexistenz der Schuld in Korr.-Verhältnissen als Momente betrachtet, aus denen für und wider andere daran Betheiligte die *exc. jurisjurandi* und resp. *rei judicatae* begründet werde, — es wird m. a. W. dem Eid und den *res jud.* eine allgemeine, über die Person der Prozessführenden hinausreichende, Wirksamkeit beigelegt. Diese Ausnahmen von den sonst über Eid und *res jud.* geltenden Regeln (fr. 3. §. 3. *de jurej. rubr. Cod.* 7. 60. *inter alios acta vel judicata aliis non nocere*) sucht man aus einigen wenigen Stellen abzuleiten, und zwar

liche, was von dieser, gilt von einem schiedsrichterlichen Spruch, (während die Frage vom geleisteten gerichtlichen Eid jetzt nicht mehr für sich in Betracht tritt,

A. die Wirksamkeit des Eids aus 1, fr. 28. pr. und §. 3. *de Jurej.* (*In duob. reis stipul. ab altero delat. jusjur. etiam alteri nocet, — Ex duob. reis promitt. ejusd. pecun. alter juravit; alteri quoque prodesse debebit.*) 2, Fr. 28. §. 1. fr. 42. §. 1. 3. *eod.* die *reus* und *fidejussor* betreffen. Wider diese Benutzung der Stelle unter 1, ist jedoch zuvörderst zu erinnern, dass, da in dem Titel *de jurej.* sowohl vom aussergerichtl. Eid, wie von dem *in jure* und dem *in judicio* gehandelt wird, die unter sich vielfach verschieden sind, (vergl. Savigny Syst. Bd. VII. §. 309—14.) während sich bei den einzelnen Stellen nicht immer genau unterscheiden lässt, auf welche Art des Eids sich die betreffenden Aussprüche beziehen, allgemein lautende nur mit grosser Vorsicht anzuwenden sind. Ja es kann in der That die *exc. jurisjurandi* von anderen Fällen, als aussergerichtlich und *in jure* geleisteten Eiden eigentlich darum gar nicht verstanden werden, weil bei dem *in judicio* geleisteten die *exc. rei in judicium deductae*, oder mindestens *rei judicatae* vorgreifend zur Sprache kommen müsste. Aber auch abgesehen davon, können die hier in Rede stehenden, (ebenso wie auch fr. 42. §. 3. *d.*) wenn man damit fr. 26. §. 1. fr. 28. §. 1. fr. 42. §. 1. *eod.* und fr. 1. §. 3. *Quar. rer. a. non datur*, vergleicht, nur mit Einschränkung des Inhalts des geleisteten Eids verstanden werden. Ist er nur personell gefasst — *se non esse obligatum* — so kann die Wirksamkeit nur eine personelle sein (fr. 1. §. 3. *d.*). Nur wenn er einem Erlöschungsgrunde durch *satisfactio* vergleichbar ist, (verglichen — *ex numero potest videri* — wird er in den cit. Stellen mit der *novatio, delegatio*, dem *judic. acceptum*, also der *lit. cont.*, und mit der *solutio*, in fr. 2. *eod.* mit der *transactio* und fr. 40. *eod.* mit *acceptilatio*) könnte er allgemein wirken. Wäre nun selbst in fr. 28. eine über die Person hinausreichende Wirkung anerkannt, so fragt sich weiter — was bisher nirgends hervorgehoben worden ist, — ob jene im heut. Rechtsleben unverändert geblieben sei? Dabei kommt mehrerlei in Erwägung: einmal, dass der aussergerichtl. Eid gegenwärtig einen so seltenen Ausnahmefall bildet, (Savigny Bd. VII. S. 85 (a) erklärt ihn sogar für ganz unzulässig, vergl. unten §. 107. bei Anm. [84]) dass auf ihn kaum Rücksicht genommen zu werden braucht. Es ist m. a. W. der Eid lediglich, oder doch ganz vorherrschend, in seiner gegenwärtigen Eigenschaft als Beweismittel im Prozess in Betracht zu ziehen. (Savigny Bd. VII. S. 86.) Ferner kann er nicht mehr, was im R. R. seine Hauptanwendung war, über Rechtsverhältnisse zugeschoben oder auferlegt werden, sondern nur über reine Thatsachen, die entweder die Entstehung der Obl. betreffen, oder ihre Auflösung. Da nun die erstere nothwendig eine persönliche Beziehung auf den Schwörenden erhalten muss, so wird m. a. W. der Eid, soweit er hier relevirt, stets nur über Einreden (Exceptionen und *ipso jure* wirkende Erlöschungsgründe) geleistet zu denken, und diese werden dadurch bewiesen sein. Endlich wird regelmässig ein deshalb freisprechendes Erkenntniss darauf gefolgt, und nur selten der Prozess nicht zu einem solchen gelangt, sondern vorher liegen geblieben sein. In wiefern kann nun unter diesen Umständen noch von der römischen *exceptio jurisjurandi* für den *correus* die Rede sein? Ich kann hierauf für den gerichtlichen (d. h. im Prozess geleisteten) Eid nur antworten: gar nicht. Denn es fehlt für ihn der römische Vergleichspunkt mit einem Erlöschungsgrunde der Obl. jetzt gänzlich. Es schlägt also die ganze Frage nach der Wirksamkeit des Eids in die nach der der *res judicata* um, und, wenn es zu einem Erkenntniss nicht gekommen, sondern der Prozess nach geleistetem Eid liegen geblieben ist, so ist ein exceptivisches Berufen darauf, was ein Anderer in seinem Prozess bewiesen hat, nicht möglich. Nur beim aussergerichtl. Eid wäre eine exceptivische Wirksamkeit für den *correus* dann denkbar, wenn sein Inhalt einer *satisfactio* gleichgestellt werden kann, was dem konkreten Fall überlassen bleiben muss. Was die unter Nr. 2, genannten Stellen anlangt, so sind sie nur in der Voraussetzung hierhergezogen worden, dass *reus* und *fidejussor correi* seien; s. dagegen Anm. [12]). Dabei ist die Wirksamkeit des vom *reus* geleisteten Eids zu Gunsten des *fidejussor* aus dessen accessorischer Verpflichtung zu erklären; der umgekehrte Fall ist eine Anwendung des: *ad quem ea res pertinet* in fr. 7. pr. *de Jurej.*, indem der *fidejussor alieno nomine* haftet, fr. 1. §. 8. *de O. et A.* (hierbei ist daran zu erinnern, dass zur Zeit dieser Stellen die Haftung des Bürgen noch keine subsidiäre war, sondern dies erst durch Nov. 4. ward.) Aus

aussergerichtlicher Eid aber, soweit er praktisch ist, wenn sein Inhalt einer *satisfactio* gleichkommt, allerdings vermöge dieser Wirksamkeit alle Obligationen trifft.) Die

diesen besonderen Gründen ist die Wirksamkeit des von einem von ihnen geleisteten Eids für den anderen in der Weise für praktisch zu erklären, wie sie vorher für (und wider) andere *correos* verneint werden musste, d. h. nicht nur im Fall des aussergerichtl., sondern auch des heutigen gerichtl. Eids, resp. des mittelst desselben geführten Beweises, — nur allerdings über einen nicht blos personell befreienden Umstand, (*ut de ipso contractu et de re, non de persona jurantis ageretur*) und wobei auch die die gültige Entstehung der Hauptobligation betreffenden Momente nicht ausgeschlossen sind. Ist darauf ein freisprechendes Erkenntniss erfolgt, so muss allerdings auch hier die *exc. jurisjurandi* in die *rei jud.* aufgehen. — B. Die obgedachte Wirksamkeit der *exc. rei jud.* stützt die Eingangs gedachte Theorie bei den Korr.-Obl. (nach ihrem Begriff derselben) auf die Analogie des Eids, und namentlich auf fr. 42. §. 3. *de Jurej.* — wobei *reus* und *fidejussor* als *correi* vorausgesetzt sind, — während sie jene Wirksamkeit für die, von ihr sogenannten blos solidarischen Obl. ausschliesst, und sich zu dem Ende auf fr. 52. §. 3. *de fidejuss.* beruft. Die Mangelhaftigkeit dieser Beweisführung braucht nach dem Bisherigen nicht noch besonders dargethan zu werden; ich bemerke in dieser Hinsicht nur, dass die freilich sehr gangbare Parallele zwischen Eid und *res jud.* auf sehr schwachen Füssen steht, denn die einzige hierher zu ziehende Stelle, fr. 42. §. 3. *de Jurej.* spricht nur von *fidejussor* und *reus*, (s. vorher unter A. zu Nr. 2,.) nicht von *correis, cum quibus singulis suo nomine agitur*, und fr. 2. *eod.* steht der Parallele sogar entgegen. Die Wirksamkeit der vom *fidej.* erstrittenen *res jud.* zu Gunsten des *reus* ist aber ebenso zu erklären, — resp. in derselben Beschränkung zu verstehen, — wie vorher von der des von ihm geleisteten Eids. — Hat nun aber die *res jud.* für und wider *correos* gar keine Wirkung? Dass ihrer in den Quellen nicht gedacht wird, liesse sich daraus erklären, dass bis zu c. 28. *de Fidejuss.* die Lit. Cont. mit ihrer konsumirenden Wirkung meist vorgriff, und die *exc. rei in jud. deductae* die Frage nach der *exc. rei jud.* erledigte. (Vergl. Ribbentrop a. a. O. S. 260 f. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 189. und Helmolt S. 24. Anm. [12].) Die Möglichkeit der Wirksamkeit einmal vorausgesetzt, versteht sich für das heutige Recht von selbst, dass die Freisprechung in unzertrennlicher Verbindung mit dem Grunde dazu zu denken ist. (vergl. Bd. I. §. 34. Anm. [63].) Von diesen treten ferner die blos persönlich wirkenden ebenfalls bei Seite, und es bleiben nur die übrig, welche die Existenz und Gültigkeit der Korr.-Obl. nach allen betheiligten Subjecten hin betreffen können, d. i. entweder ihre Entstehung oder ihre Wiederaufhebung. In Betracht nun des Gesichtspunkts der Oblig.-Mehrheit der Korr.-Obl. ist von vornherein kein Grund abzusehen, warum die allgemeine Regel: *res inter alios actas aliis non praejudicare* (Bd. I. §. 34. I.) hier nicht zur Anwendung kommen solle. Wollte man hierbei an eine dann zu statuirende Ausnahme denken, wenn der Grund der Freisprechung eine *satisfactio* involvirt, die auf die sämmtl. Obl. Einfluss äussere, und von der es gleichgültig ist, gegen welchen der mehreren *correi* sie eingetreten ist, so handelt es sich doch in der vorliegenden Frage nicht blos um diese und ihren Beweis, sondern darum, dass über sie, resp. über deren Beweis schon gerichtlich verabschiedet sei. Wenn nun auch zugegeben werden mag, dass der Vorprozess eines *correus*, worin dies geschehen, für und wider einen anderen in einem späteren Prozess zum Behuf des Beweises der in diesem auch vorgeschützten Einrede der *solutio* oder *satisfactio* benutzt werden kann, wesfalls jedoch der Erfolg ganz dem konkreten Fall überlassen bleiben muss, so vermag ich doch einer *exc. rei jud.* als solcher durchaus keinen Einfluss einzuräumen, und wüsste die fragliche Wirksamkeit derselben mit nichts zu begründen. Bedarf es hiernach zur Rechtfertigung des Beharrens bei der Regel keines weiteren Beweises, so erfordert doch das obgedachte, die *mandatores* betreffende fr. 52. §. 3. *de Fidejuss.* noch eine weitere Erklärung, namentlich im Vergleich zu dem obgedachten fr. 42. §. 3. *de Jurej.* Aus c. 28. *ej. tit.* erhellt, dass für *mandatores* die konsumirende Wirkung der *lit. cont.* stets ausgeschlossen geblieben ist, und dass Justin. hieran ausdrücklich anknüpfend, das inzwischen für *correos* und *fidejussores* gangbar gewordene entgegengesetzte Prinzip beseitigte, und das ältere, für *mandatores* allein bestehen gebliebene, dass nur durch *satisfactio omnes liberantur*, wiederherstellte. Wie ist es nun, kann man

Konfusion [22], nur gewinnt oder verliert natürlich im Fall eines bestehenden Gesellschaftsverhältnisses zwischen den Schuldnern oder Gläubigern der andere mittelbar, indem der verhältnissmässige Antheil des Mitschuldners oder Mitgläubigers wirklich erlischt, die Forderung also sich um denselben vermindert [23]; der *concursus duarum lucrativarum caussarum* [24], der Wegfall des Interesses und die Verwirkung der Forderung zur Strafe in der Person eines der mehreren Gläubiger [25]; die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [26].

fragen, mit der *exc. rei jud.*, welche fr. 42. *d.* bei der *fidejussio* anerkennt, oder warum verhält es sich bei dieser anders, als bei den sonst den *fidej.* gleichgestellten *mandatores?* Das letztere ist nur aus der eigenthümlichen Natur dieser Art des Mandats zu erklären, indem der *mand.* im Gegensatz zum *fidej.* als *suasor et affirmator ut contraheretur*, bezeichnet wird, fr. 13. pr. *de Minor.* (Helmolt S. 99. Anm. [25].) Möglich, dass in fr. 52. §. 3. *d.* die Anschauung vorgewaltet hat, dass mehrere *mand.* Solidarhauptschuldner seien, also *correi.* (vergl. Anm. [39].) Dann würde die Stelle sogar ein direktes und positives Beweisargument für die von mir festgehaltene Anwendung der allgemeinen Regel von der *res jud.* bei *correis* enthalten. Die verschiedene Beurtheilung des Verhältnisses des *fidejuss.* zum *reus*, und umgekehrt, bleibt hierbei unberührt, indem sie auf dem besonderen Grunde beruht, aus welchem auch der Eid des einen für den anderen wirksam ist, s. vorher unter A. zu Nr. 2,, daher es offenbar unrichtig wäre, eine vollständige Gleichstellung der *fidej.* und *mandat.* rücksichtlich der *res jud.*, d. i. nach Inhalt des fr. 52. *d.* aus c. 28. *d.* deduziren zu wollen, was dann allerdings noch weiter, nämlich dahin führen würde, nun nothwendig auch für die *correos* erst recht das Nämliche gesagt zu verstehen; allein zu einer solchen Interpretation ist keine Veranlassung gegeben. — Was von dem richterlichen Erkenntniss, muss auch vom schiedsrichterlichen Spruch gelten, d. h. dass er dem *correus* weder zu Statten kommt, noch schadet. Dabei ist aber Zweierlei zu bemerken: 1, bei der heutigen Natur des letzteren (§. 107. Anm. [85]) ist es nicht unmöglich, dass der Vertrag darauf einem bedingten *pactum de non pet.* seinem Wesen und Inhalt nach gleich zu schätzen ist, — s. bei und in Anm. [19], — dann sind die Regeln von diesem zur Anwendung zu bringen. 2, In fr. 34. pr. *de Receptis* ist für *correos socios* die stipulirte Konventionalstrafklage als zuständig anerkannt; vergl. Savigny a. a. O. S. 192 f. (§. 107. Anm. [135]). Dies ist Folge der *societas*, und hat mit dem im Text behandelten Gegenstande nichts gemein.

[22] Beerbt ein Korr.-Schuldner den anderen, so ist von Konfusion gar keine Rede, fr. 13. *h. t. quum duae* (*obl.*) *ejusdem potestatis sint*, fr. 5. *de Fidejuss.* — *ex duabus caussis* (*succedentem*) *esse obligatum.* Vergl. §. 106. Anm. [16] und [17].

[23] Fr. 71. pr. *de Fidejuss.* vergl. Ribbentrop S. 24. [3], 270. [3], Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 196. (z) über die möglichen Gestaltungen; in dem obigen Fall ist von Regress keine Rede. Findet kein Gesellschaftsverhältniss Statt, so gestalten sich, mit Rücksicht auf das von mir angenommene allgemeine Regressrecht, die Verhältnisse so. Angenommen, von zwei Korr.-Gläub. A. und B. beerbt A. den Schuldner C. oder umgekehrt; in diesem Fall tritt gar keine Rückwirkung auf B. ein, er müsste denn mit A. in solchem Verhältniss stehen, dass dieser von ihm die Herausgabe eines Theils der eingezogenen ganzen Schuld fordern könnte, dann kann dieser natürlich seinen Theil kompensiren, wenn er als Erbe des C. *in solidum* angegriffen wird. Angenommen andererseits, einer von zwei Korr.-Schuldnern, B. und C., wird vom Gläubiger A. beerbt, oder umgekehrt; hier kann gegen den klagenden Erben vermöge des allgemeinen Regressrechts stets der *regrediendo* zu erlangende Theil kompensirt werden. Für das Letztere spricht auch noch die Analogie des fr. 71. pr. *d.* Indessen ist das keine Rückwirkung der Konfusion auf den anderen, so dass ihm diese zu Statten käme.

[24] S. Fritz S. 180. Vangerow S. 94.

[25] S. Diess. Diese drei Gründe äussern dagegen eine allgemeine Wirkung, wenn nur Ein Gläubiger, aber mehrere Korr.-Schuldner vorhanden sind, weil sie dann für jeden existiren.

[26] Fr. 48. pr. *de Minor.* vergl. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 195. Die Ausdehnung auf andere Restitut.-Fälle kann keinem Bedenken unterliegen. Es kann die Frage entstehen, ob der nun zum Zahlen verpflichtete Mitschuldner den Regress an den Befreiten nehmen könne, und ob, wenn dieses zu bejahen, nicht daher eine Rückwirkung des Grunds zu Gunsten des ersteren zu deduziren sei? Nach m. A. (Andere

Von anderweiten die Obligationen berührenden Ereignissen und Handlungen auf Seiten einzelner Betheiligter ist hier noch zu bemerken: die auch in Bezug auf nur Einen Gläubiger oder Schuldner geschehene Unterbrechung der Verjährung wirkt für und wider alle [27]; der Verzug des Einen schadet ihm allein [28]; beerbt ein Korrealschuldner den anderen, so fliessen nicht beide Obligationen zusammen, sondern es kann relevant werden, noch fortan beide zu unterscheiden [29].

Bei der folgenden Aufzählung der Entstehungsarten der Solidarobligationen ist, um Irrungen zu vermeiden, ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen und zu unterscheiden, je nachdem die Solidarität nur auf Seiten der Gläubiger oder der Schuldner oder auf beiden Seiten eintritt.

1) Das letztere ist zuvörderst möglich durch Vertrag mit ausdrücklicher Beabredung [30]. Für eine solche sind namentlich die Ausdrücke: Solidar- oder Kor-

werfen sie m. W. nicht auf) kann jener Zusammenhang so wenig entscheidend sein, wie bei dem *pactum personale de non pet.*, s. Anm. [19] 2. 2), und ich muss daher die Entschädigungspflicht für demungeachtet fortdauernd halten, sobald nicht der Grund der persönlichen Befreiung auch gegen den Mitschuldner geltend gemacht werden kann. Eine sehr deutliche Analogie hierfür liegt in c. 1. *de Fidejuss.* vergl. Bd. I. S. 390. [163], doch sind die allgemeinen Gründe stark genug. Vermöge des allgemeinen Regressrechts (Anm. [52]) besteht nämlich ein Verhältniss zwischen den Mitschuldnern selbst, welches auch nur zwischen ihnen gelöst werden kann, und worauf Ereignisse zwischen einem von ihnen und Dritten ohne Einfluss sind, wenn sie diese nicht gegen sich selbst gelten lassen müssen. Hierfür ist nun zu unterscheiden: 1) besteht der Grund der Befreiung in einer wirklichen Ungültigkeit des Geschäfts für den Einen, so kann natürlich auch von Regress nicht die Rede sein, z. B. eine Frau hat sich mit Mehreren verbürgt, s. ferner fr. 8. 12. 15. (*et si Titius etc.*) *h. t.* 2) Muss es erst rescindirt werden, so ist dieses auch gegen den Mitschuldner erforderlich, um dessen Regress abzuwenden, s. vorher das Beispiel aus c. 1. *d.*; ob dies immer möglich sei, ist eine Frage für sich.

[27] C. 5. *de Duob. reis* (Vergl. Savigny S. 194 f. über einen darin nicht berührten, aber auch nicht danach zu beurtheilenden Fall.) Diese Konst. enthält die Entscheidung wirklich vorgekommener Zweifel, deren positive Natur die Frage von der juristischen Konsequenz erledigt. Die darin hervortretende Anschauung des Verhältnisses von Seiten des Kaisers soll und kann natürlich dessen wirkliches Wesen nicht ändern.

[28] 1, Fr. 173. §. 2. *de R. J.* fr. 32. §. (3) 4. *h. t.* hierzu fr. 24. §. 1. *de Usur.* fr. 91. §. 5. *de V. O.* fr. 58. §. 1. *de Fidejuss.* 2, fr. 18. *h. t.* Diese Stellen haben den Interpreten viel zu schaffen gemacht und sind Grund mannigfaltiger Meinungsverschiedenheiten geworden; s. darüber Madai Mora S. 444 ff. (dagegen Wolff Mora S. 496.) wegen fr. 18. pr. *d.* s. Ribbentrop S. 29. 34 ff. eine andere Erkl. bei Wolff S. 192 f. (dagegen Benfey in d. Allg. Lit. Zeit. 1842. S. 368.) Girtanner Bürgsch. S. 407. und Wirth im Arch. Bd. 39. S. 123 ff. Brinz krit. Bl. Nr. 4. S. 33. u. Pand. S. 618. Kuntze d. Singularsucc. S. 155. (beide verzweifeln an der Erklärung des fr. 18. *d.*). Neuerlich hat Helmolt S. 103 ff. (S. 144. [27]) die Stellen einer Erklärung unterzogen, die ich bis auf die der letzten für die richtige erkenne. Danach kann es (s. die erste und zweite Stelle) keinem Zweifel unterliegen, dass *alterius correi mora alteri non nocet*, während die des Hauptschuldners dem Bürgen als Nebenschuldner freilich schaden muss, da er nicht *ex propria*, sondern *ex aliena persona* zu beurtheilen ist, wogegen die des letzteren nur ihm selbst, dem Hauptschuldner aber nicht schaden kann. Die übrigen Schriftsteller sind durch den Irrthum befangen, dass die beiden letzteren *correi* seien; vergl. Anm. [12]. Das fr. 18. *d.* erklärt Helmolt als eine Abweichung von dem bezüglich der *mora* zur Anwendung gebrachten richtigen Prinzip, wodurch aber nichts erklärt ist. Zuletzt hat Bekker in s. Jahrb. des gem. deutsch. R. Bd. III. S. 123. durch Emendation von *factis* in *sociis* zu helfen gesucht, indem schon einige Glossatoren und Bartolus das fr. 18. *d.* von solchen verstehen; ich finde das sehr sinnreich und gelungen. (Girtanner's Erklärung, dass das zu verstehende *factum* die Veräusserung der Hälfte von Seiten des *reus prom.* sei, hat gar nichts für sich.)

[29] Fr. 13. *h. t.* fr. 93. *de Solut.* fr. 5. *de Fidejuss.*

[30] Vergl. Savigny Obl.-R. Bd. I. §. 17. bes.

realobligation, oder andere Anwendungen beider Stammwörter, ferner: sammt und (oder) sonders, einer für alle und alle für einen, und ähnliche die Absicht der Haftung oder Berechtigung *in solidum* jedes der mehreren Paciscenten auf einer Seite klar anzeigende Redensarten zu erachten. Dasselbe ist unter der gleichen Voraussetzung bei dem Hinzutritt zu der Verpflichtung eines Anderen anzunehmen, wenn sich Jemand verbindlich macht, das zu leisten, was der Andere einem Dritten bereits schuldig ist, denn er könnte diesem auch Zahlung leisten (s. §. 103.); dagegen kann sich Jemand einseitig so wenig das vom Schuldner versprechen lassen, was dieser einem Anderen schuldet, als der Schuldner an jenen zahlen kann. Der obgedachte (hinter Anm. 13.) besondere Bestand der mehreren Obligationen zeigt sich namentlich bei den durch Vertrag, und also durch die Willensbestimmung entstandenen Korrealobligationen auch darin, dass die Obligation in Bezug auf den Einen gültig und auf den Anderen ungültig, rücksichtlich des Einen bedingt, oder anderweit modifizirt und rücksichtlich des Anderen unbedingt sein kann [30a].

2) Durch testamentarische Anordnung, also hier das Vermächtniss an mehrere Honorirte oder die Auflage desselben an mehrere Onerirte in dieser bestimmt ausgesprochenen Weise, wofür im letzteren Fall schon die alternative Auflage gilt [31]. Denn es unterliegt nach allgemeinen Grundsätzen von dem rechtlich möglichen Inhalt letztwilliger Verfügungen keinem Zweifel, dass eine Anordnung der Art statthaft sei, und ebensowenig, dass dies praktischen Rechtens sei. Nur wird im Einzelfall genau zu erwägen sein, ob der Testator wirklich eine Solidarobligation beabsichtigt habe, oder nur eine getheilte [32].

3) Mehrere, die zusammen eine unerlaubte Handlung begehen, haften solidarisch auf den Ersatz des Schadens [33]. Diesen gleich stehen die mehreren Bewohner eines Stockwerks, aus welchem etwas herausgegossen oder geworfen worden, wodurch ein Schaden angerichtet worden ist [34]. Auch die mehreren Eigenthümer eines Thiers, welches einen Schaden angerichtet hat, haften zu dessen Ersatz durch die *a. de pauperie* solidarisch [35].

4) Solidarisch haften ferner mehrere Mitvormünder, welche eine Vormundschaft mit ungetheilter Verwaltung führen, aus dieser oder ihrer Vernachlässigung [36], und

S. 153 ff. Helmolt a. a. O. §. 13. und §. 20. S. 130 ff. Hier entscheidet der Wille, *ut duo rei fiant;* s. die Titel der Instit., Pand. und des Codex *de Duobus reis stipul. et promitt. (constituendis)*, — und bes. fr. 9. pr. *h. t.* fr. 13. §. 9. fr. 47. *Locati*, c. 13. *ej. tit.* fr. 31. §. 10. *de Aedil. Ed.* fr. 16. pr. *de Pecun. const.* fr. 1. §. 44. *Depositi;* fr. 7. *de R. C.* c. 5. 12. *Si cert. pet.*

[30a] 1, Fr. 8. 12. *h. t.* 2, fr. 7. 9. §. 2. *h. t.* §. 2. *I. eod.* natürlich darf die Bedingung nicht die Einheit der Obl. ausschliessen, fr. 116. *de V. O.*

[31] Fr. 8. §. 1. *de Leg.* I. fr. 16. *eod.* II. fr. 25. pr. *eod.* III. Das fr. 9. pr. *h. t.* bestimmt das auch für eine kopulativ mehreren Erben geschehene Auflage, allein s. darüber Ribbentrop S. 117 f. Fritz S. 169. und Vangerow S. 73. und Bd. II. S. 426. Nicht dasselbe, sondern Theilung des Legats tritt ein, wenn es Mehreren alternativ ausgesetzt ist, c. 4. *de V. S.*

[32] Fr. 11. §. 1, 2. *h. t.* Vergl. Fritz S. 170. Huschke in der Zeitschrift N. F. Bd. IV. S. 409. Helmolt a. a. O. S. 87 f. 130 ff.

[33] Fr. 1. §. 4. *de Eo per quem factum*, fr. 14. §. 15. fr. 15. *Quod metus*, fr. 17. pr. *de Dolo*, fr. 7. §. 4. fr. 8. *Quod falso tut.* fr. 1. §. 13. *Quod vi;* s. Helmolt §. 10. I. und II. (von dem Sklaven, der *furtum faxit, noxiamve nocuit*).

[34] Fr. 1. §. 10. fr. 2—4. *de His qui effud.* vgl. Helmolt S. 61 ff.

[35] Fr. 1. §. 14. *Si quadrupes paup. etc.* vgl. Helmolt S. 59 ff. den §. 15. halte ich nicht mehr für praktisch, auch nicht analog.

[36] Fr. 38. fr. 39. §. 11. fr. 55. pr. §. 3. *de Administr. tut.* c. 2. *de Divid. tutela*, wonach der Begriff der Theilung hier nicht von einer willkührlichen, sondern von einer durch die Obrigkeit oder das Testament, worin die Vormünder bestellt worden, angeordneten zu verstehen ist. Unter derselben Voraussetzung sind die allgemeiner lautenden Stellen: fr. 18. §. 1. fr. 42.

soweit sonst überhaupt jeder von ihnen aus der Vormundschaft in Anspruch genommen werden kann [37]. Ferner ebenso:

5) Mehrere Staats- oder Kommunalbeamte, welche in ähnlicher Weise wie mehrere Vormünder ein gemeinsames Geschäft verwalten [38].

6) Mehrere, die einen gemeinschaftlichen Bevollmächtigten oder Geschäftsführer bestellt haben, aus den von diesem geführten Geschäften, welche wider sie, wie von ihnen selbst vollzogene, geltend gemacht werden [39].

7) Mehrere Bevollmächtigte, denen die Besorgung eines Geschäfts aufgetragen worden ist [40].

8) Mehrere, denen eine Sache in Verwahrung gegeben, oder geliehen, oder vermiethet, oder verpfändet worden, in Bezug auf deren Zurückgabe und die Folgen eigener Verschuldung in Bezug darauf nach Maasgabe des Kontrakts [41].

de Admin. tut. fr. 1. §. 43. *Depositi*, fr. 1. §. 13. *de Tutelae et ration.* aufzufassen.

[37] Der im Text genannte ist der Fall, in welchem die solidarische Haftung am absolutesten hervortritt; ausser ihm findet sie Statt: 1) wenn mehrere Vormünder aus *dolus* haften, fr. 15. fr. 55. §. 1. *de Admin.* c. 2. *d.* (über den praktischen Werth der hier gemeinten Klage *ration. distrah.* s. im 2. Kap. des folg. Buchs §. 150. Anm. [21]), ein Fall, der eigentlich zu Nr. 2) im Text gehört. 2) *In subsidium*, also wenn die Verwaltung getheilt war und der Mitvormund gegen den, welcher in seinem Geschäftskreis zu einem Schadensanspruch Veranlassung gegeben hat, sich in der ihm obliegenden Aufsicht und Kontrole eine Nachlässigkeit hat zu Schulden kommen lassen, fr. 12. *Rem pupilli*, c. 2. *d.* fr. 31. *de Admin.* fr. 1. §. 13. *de Tutelae et rat.* c. 2. *de Contrar. jud. tut.* oder wenn der Vormund keine *administratio* übernommen hatte, oder nur *honorarius* war. Hierüber gehört das Weitere in das Vormundschaftsrecht. Vergl. Rudorff Vorm.-R. Bd. III. §. 161 ff. und über die Stellen dies. und der vor. Anm. Ribbentrop S. 44 ff. 56 ff. Helmolt §. 12. S. 73 ff.

[38] C. 1. 2. *Quo quisque ord.* fr. 45. *de Administr. tut.*, vergl. Ribbentrop S. 72 ff. bes. 75. [17]. Helmolt §. 12. Nr. X. S. 84 ff.

[39] Fr. 1. §. 25. fr. 2. 3. *de Exercit.* fr. 13. §. 2. *de Institor.* fr. 5. §. 1. *Quod jussu* u. s. §. 102. I. A. 2. z. A. und Anm. [70]. Neuerlich finde ich in einem Urtheil der Jur.-Fak. zu Göttingen bei Emminghaus Pand. d. gem. Sächs. R. S. 598. 5. nach den citirten Stellen die Solidarität auf die eigentliche Handelsgesellschaft beschränkt. Allein die Ausdehnung auf *mandatarii* ist m. E. bei der mannigfaltigen Gleichstellung der durch *institor* oder *exercitor* u. *mandatar.* vermittelten Verhältnisse bezüglich der Geschäftsherren, die bis zur *a. institoria utilis* (fr. 19. pr. *de Institoria*) gegen den Mandatar reicht, gar nicht zu bestreiten; vergl. §. 102. Anm. [15] und [70] a. E. — Wegen der Haftung der *socii* durch Handlungen eines unter ihnen, — abgesehen davon, wenn dieser als *institor* zu betrachten wäre, was auch u. U. von mehreren jeder sein kann, worüber namentlich das Weitere in das Handelsrecht gehört, — s. noch unten §. 121. bei Anm. [91] u. ff. — Auch mehrere *mandatores* (s. unten §. 129. III. a. E.) würden für *correi* zu halten sein, wenn sie für Solidarhauptschuldner zu erachten wären, wofür die Aeusserungen in einigen Quellenzeugnissen sprechen, denn mehrere (*eiusdem pecun. credendae*) *mand.* haften jeder *in solidum*, fr. 59. §. 3. *Mand.* Allein die entgegengesetzte Ansicht ist die überwiegende geworden, wonach sie den *fidejussores* gleich beurtheilt werden, s. bes. c. 28. *de Fidejuss.* Nov. 4. und 99. Vergl. Helmolt S. 97 f.

[40] Fr. 60. §. 2. *Mandati.* Helmolt S. 70 f.

[41] a) Fr. 1. §. 43. *Depositi*, b) fr. 5. §. 15. *Commodati*, c) dieselbe Stelle, d) die Verpflichtung mehrerer Pfandbesitzer zur Zurückgabe muss aus Gründen der Analogie wegen der überall gleichen Natur des *restituere* als solidarisch angenommen werden (s. auch Unterholzner S. 180.). — Von Manchen wird nach diesen Stellen unrichtig für die Verbindlichkeiten mehrerer Depositarien u. s. w. ganz allgemein Solidarität angenommen, während sie nur auf die Restitution Bezug, mit dieser aber es um ihrer Natur und Voraussetzungen willen eine besondere Bewandtniss hat, s. §. 84. Anmerk. [22] 3). Das ist denn auch der Grund, weshalb die Fälle im Text unter Nr. 8, nicht zu Nr. 9, gezogen werden können. Wenn übrigens Solidarität aus den obgenannten Verträgen entstehen soll, so muss dies ausdrücklich ausgemacht sein, s. fr. 47. *Locati* (*singulor. in soli-*

9) Ferner haften mehrere Schuldner aus einer untheilbaren Obligation solidarisch für deren Erfüllung und gleichergestalt sind mehrere Gläubiger daraus berechtigt, s. §. 84. Nr. III. A. 1), 2), 3) u. 4), mit den dort enthaltenen Ausnahmen und näheren Angaben über die nur theilweise Leistung des Interesses, wenn es zu dessen Forderung kommt[42].

dum intuitum person.) c. 13. *de Locato*, vergl. Ribbentrop S. 125. Anm.; allerdings wird namentlich in den beiden ersten Fällen, Depos. und Kommodat, die Verpflichtung meist nur die Restitution umfassen, und dieser steht in der solidarischen Wirkung auch die Vertretung der eigenen Schuld, und zwar ohne Rücksicht darauf, wieweit der Einzelne an der Verschuldung Theil genommen hat, wodurch jene unmöglich geworden ist, gleich, in Ermangelung der Schuld aber fällt jene ganz weg. Aus demselben Grunde und ebenso haften die mehreren Erben eines Schuldners, dagegen in der Vertretung der schon durch Schuld eines Erblassers begründeten Obl. nur *pro partibus hered.* (fr. 7. §. 1. *Depos.*), während darin für dieselben eine Abweichung besteht, dass, wenn sie sämmtlich in gleicher Schuld und solvent sind, sie auch nur *pro partibus* haften (fr. 22. *eod.*); ist einer allein in Schuld, so haftet dieser *in solidum*, und die übrigen gar nicht, womit denn wieder Uebereinstimmung mit der Obl. mehrerer von Anfang an gewesener Schuldner eintritt. Diese Sätze folgen aus der richtigen Interpretation folgender Stellen: fr. 9. 10. 22. *Depositi*, fr. 3. §. 3. fr. 17. §. 2. *Commodati*, und dazu Ribbentrop S. 123 ff. bes. 130. 133 f. 144. auch dens. S. 132. [14] über fr. 21. §. 1. *Commodati* (worüber Unterholzner Bd. I. S. 181. c) und e) a. M. ist.) Die Rechte mehrerer Deponenten oder Erben eines Deponenten u. s. w. sind nicht *in solidum*, sondern nur *pro rata.* Dies ergiebt sich aus fr. 1. §. 36. (s. auch c. 12. *eod.*) fr. 17. pr. in f. *Depositi* (der andere in dieser Stelle vorausgesetzte Fall, welcher der obsiegenden von zweien eine streitige Sache zur Sequestration deponirenden Personen das Recht zuspricht, sie *in solidum* zu fordern, kommt hier nicht weiter in Betracht, indem nun die andere gar kein Recht darauf mehr hat). Auch der letzte Theil der ersten Stelle gewährt kein Recht *in solidum*, sondern handelt nur von einer Anwendung der Solidarität der Restitution, wenn von mehreren Berechtigten einer eine deponirte untheilbare Sache fordert, deren Restitution nur im Ganzen möglich ist, diese soll dann so geschehen, dass der Empfänger Kaution wegen des ihm nicht zuständigen Antheils stellt. Von demselben Fall ist fr. 14. *pr. eod.* zu verstehen. Wenn es hier heisst: *si major pars* (*heredum sc. ex magnitudine portionum*) *adierit*, so ist darin keine Bedingung von allgemeiner Natur, die z. B. auch gegen einen von mehreren Deponenten, der nur einen geringen Antheil hat, zur Anwendung käme, enthalten, sondern die Voraussetzung nur von der Vertretung des erblasserischen Deponenten zu verstehen (von der Legitimation), also von diesem besonderen Fall. Das fr. 1. §. 44. *eod.* endlich handelt von einer ausdrücklichen Beabredung, wie die Rückgabe an mehrere Deponenten geschehen soll, ob *in solidum* oder *pro parte;* da das erstere danach ausdrücklich ausgemacht sein muss, wenn ein Anspruch *in solidum* erwachsen soll, so ist diese Stelle noch ein Argument mehr für den Hauptsatz, dass er es ohnedies von selbst nicht sei. (Irrige Auslegungen und Anwendungen dieser Stellen hat Glück Komm. Bd. XV. S. 228 ff. Auch Puchta's Satz §. 233. bei l) „die Forderungen mehrerer Deponenten seien solidarisch, wenn sie nicht als Miteigenthümer deponirt haben," kann ich nicht darin finden.) Was nun hier von mehreren Deponenten oder mehreren Erben eines solchen gesagt worden ist, muss unbedenklich auch von mehreren Verpächtern, Kommodanten und Pfandbesitzern resp. den Erben dieser gelten. Vergl. auch Unterholzner S. 180 ff. und Helmolt §. 11. S. 63 ff.

[42] Vergl. Helmolt S. 42 ff. §. 9. — Häufig wird auch die richterliche solidarische Verurtheilung als Entstehungsgrund einer Sol.-Obl. genannt, doch herrscht darüber Streit, ob eine solche dadurch entstehe; s. z. B. Fritz S. 170. Mühlenbruch §. 491. Ganz leugnet es W. Sell in der Zeitschrift Bd. III. S. 415. „diese Befugniss stehe dem Richter nicht zu, sondern es komme nur darauf an, ob schon ein Grund der solidarischen Haftung vorhanden gewesen sei, mit dessen Anerkennung kein neuer entstehe (s. Bd. I. S. 334. 337.). Wenn nun zwar einer widerrechtlichen Rechtskraft dieselbe Wirkung beigelegt werden müsse, so könne man daraus doch keine Gattung der Entstehungsgründe herleiten." Mir scheinen diese Bedenken wohlgegründet, und es wird auch

Bei den Solidarobligationen steht es dem Gläubiger frei, sie beliebig gegen einen der Schuldner im Ganzen geltend zu machen, und wenn er von ihm nicht vollständig befriedigt worden, den anderen auf den Rest anzugreifen[43], oder die Forderung nach Kopftheilen von den einzelnen Schuldnern zu fordern[44]. Hat er das letztere gethan, so folgt daraus noch nicht, dass er seine Forderung spalten und auf die Solidarobligation verzichten wolle, sondern dieses würde nur dann anzunehmen sein, wenn er alle zusammen in einer Klageschrift belangt und darin von jedem nur eine Rate fordert; mithin ist auch aus der Annahme der Zahlung einer solchen kein Verzicht zu folgern[45]. Es ist daher auch ein Wechsel in der Wahl der Personen mittelst Zurücknahme der Klage wider eine und deren Erhebung gegen eine andere, mit Ausnahme desselben Falls, statthaft[46]. Dagegen aber steht dem auf das Ganze in Anspruch genommenen einzelnen Schuldner, sobald noch andere zahlungsfähige und mit Erfolg Rechtens zu belangende Mitschuldner vorhanden und in demselben Gerichtssprengel anwesend sind, das Recht zu, sich exceptionsweise der Klage gegenüber auf die Rechtswohlthat der Theilung der Schuld zwischen ihm und diesen zu berufen. Die Wirkung dieser Exception ist dann die, dass er selbst vorläufig nur in seinen Kopftheil der Schuld verurtheilt werden kann, und wenn er seinen Antheil schon abgetragen hat, freigesprochen werden muss, der Gläubiger aber wegen des Rechts an die übrigen verwiesen wird. Die Grösse des Kopftheils hängt von der Zahl der zahlungsfähigen Mitschuldner ab[47]. Eine

durch c. 1. u. 2. *Si plures una sent.* diese Anschauung bestätigt. Uebrigens ist natürlich die gemeinsame Verurtheilung Mehrerer in Einer Sentenz stets *pro partibus* zu verstehen; s. fr. 43. *de Re jud.* Auf diese Stelle beruft sich Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 159. glatthin für die Bejahung der Frage, und ohne eines Widerspruchs zu gedenken. Er denkt namentlich an den Fall, wenn eine Korreal-Schuld als solche bestritten und dafür entschieden sei. Allein gerade hierauf passt Sell's Entgegnung vollkommen. S. jetzt auch Helmolt S. 45. ², nur bezüglich der Prozess- und Untersuchungskosten ist es unmöglich, dass solidarische Haftung begründet werden kann, doch immer nur *in subsidium* über den eigenen Antheil jedes Mitschuldners.

43 Fr. 15. *Quod metus caussa.*

44 Fr. 3. §. 1. fr. 11. pr. *h. t.* c. 2. 4. *eod.* fr. 51. §. 2. *de Fidejuss.* c. 16. *eod.* So lange er noch nicht vollständig befriedigt ist, kann immer noch ein anderer Schuldner angegriffen werden; fr. 15. *Quod metus.* Vgl. Anm. 46.

45 Der letztere Satz folgt aus dem ersten, über diesen ist einiger Streit, vergl. Glück Komm. Bd. IV. S. 525. Die Stellen, auf welche man sich zu berufen pflegt: c. 18. *de Pactis*, fr. 51. §. 4. *de Fidejuss.* c. 16. *eod.* und fr. 8. §. 1. *de Leg.* I. betreffen den vorausgesetzten Fall nicht. Mir scheint die obige Annahme darum richtig, weil nur dann ein Verzicht auf die Haftung *in solid.* wohl als nothwendig zu schliessende Absicht des Gläubigers erscheint; auch geräth man dabei nicht mit dem folgenden Satz in Widerspruch. Vergl. Savigny a. a. O. S. 160.

46 Dies folgt aus c. 28. *de Fidejuss.*, die Ausnahme aber beruht auf der Wirkung des Verzichts.

47 Das *auxilium divisionis* oder *benef. divid. actionis* (s. fr. 10. §. 1. *de Fidejuss.* fr. ult. in f. *Rem pupilli*) ist als eine *exceptio* (s. fr. 26. 28. *de Fidej.* c. 10. §. 1. *eod.*) durch eine *epistola D. Hadriani* ursprünglich nur zum Besten mehrerer Bürgen eines Schuldners eingeführt worden, *Gaius* III. §. 121 sq. §. 4. *I. de Fidej.*, (über das ältere Recht s. Schröter in der Zeitschrift Bd. VI. S. 435.) was denn nach fr. 1. §. 11. 12. *de Tutelae et ration.* fr. 7. *de Magistrat. conv.* c. 3. *ej. tit.* fr. 7. *de Fidejuss. tutor.* c. 3. *de Const. pecun.* auf die hierin enthaltenen Fälle solidarischer Verpflichtung ausgedehnt ward. (Fr. 47. *Locati* scheint kaum darauf bezüglich zu sein, wenigstens ist die Erwähnung der *divisio* sehr schwankend und, wenn man die Sache scharf nehme, sogar verneint.) Die Voraussetzungen für die Statthaftigkeit des *auxil. divisionis* sind in §. 4. *I. d.* und fr. 48. u. 51. §. 1. 4. *ej. tit.* enthalten. Unter den Mitschuldnern werden hier vorläufig auch die mitbegriffen, welche nur bedingt haften, fr. 27. pr. *eod.* Faktische Schwierigkeiten, einen Mitschuldner

völlige Befreiung des durch die Exception vorläufig Freigesprochenen tritt aber

zu belangen, kommen nicht in Betracht, sondern nur die rechtliche Möglichkeit (fr. 48. *d.*), so dass das *auxil.* wegfällt, wenn die Obl. rücksichtlich des Mitschuldners unwirksam ist oder wird. Die Solvenz des Mitschuldners soll zur Zeit der *lit. cont.* vorhanden gewesen sein, d. h. mit a. W. zu dem Zeitpunkt, wo die *exceptio* eben vorgeschützt wird, was vollkommen so heutzutage anwendbar sein könnte. Die später eintretende Insolvenz der Mitschuldner geht also auf Gefahr des Gläubigers. Ueber die Wirksamkeit vergl. folg. Anm. — Seit den Glossatoren ist nun grosser Streit über die Ausdehnung und Generalisirung des *auxilii divisionis* wegen des ungenauen und mehrdeutigen Inhalts der Nov. 99. in dieser Beziehung, und namentlich über den wahren Sinn der darin vorkommenden Worte *ἀλληλεγγύως ὑπευθύνοι.* Die Lit. und die verschiedenen Interpretationen und darauf gegründeten Ansichten s. bei *Asverus Comm. ad hanc Novell.* c. I. (Jen. 1822.) Fritz S. 194 ff. und Vangerow (6. Ausg.) S. 86 ff. Unter diesen treten namentlich folgende hervor: 1) die Mehrzahl der neueren Juristen versteht unter jenen Worten die vertragsmässigen Korreal-(Solidar-)schuldner, (namentlich Ribbentrop S. 116. Schröter S. 438 ff. Göschen Vorles. §. 374. Fritz Erl. S. 192. Unterholzner S. 366. Puchta Pand. §. 235. und Vorles. Arndts Lehrb. d. Pand. §. 215. Girtanner Bürgsch. S. 125 ff. 548 ff. *Rückert de Exc. divis.* Gott. 1852 p. 25 ff. 56 ff. Brinz krit. Bl. 4. S. 35.) und findet zwei Neuerungen in der Nov., erstlich, dass zu einer solchen Obl., wenn sie durch Vertrag entstehen solle, immer die Erklärung erforderlich sei, man wolle *in solidum* haften, und zweitens, dass den einzelnen *correis* das *beneficium divisionis* ganz allgemein zustehen solle. 2) Die bis auf die neuere Zeit, wo sich mehrere Interpreten mit allem möglichen Scharfsinn auf die Enträthselung des Sinns der Nov. warfen, gemeine und auch noch jetzt von vielen Neueren festgehaltene Ansicht (z. B. von Glück Bd. IV. S. 588. und den dort und von *Asverus* p. 11 sq. Gen., v. Zimmern röm. rechtl. Unters. S. 274. Schweppe Handb. §. 374. Mühlenbruch §. 492.) bezieht die Nov. auf alle Solidar- (Haupt-) Schuldner, so dass danach das *benef. divis.* völlig generalisirt sei. Diese beiden Meinungen, für welche die Neueren die Unterscheidung der Ribbentrop'schen Theorie von sog. eigentlichen Korreal- und blossen Solidar-Obl. voraussetzen, treffen mit deren Wegfall zusammen. 3) Andere (s. die bei Glück a. a. O. S. 526.[85] und bei *Asverus l. l.* p. 13 sqq. Gen. dieser selbst und Thibaut 8. Aufl. §. 138. vergl. Brauns Erört. S. 245. ihnen schliesst sich Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 282. an) verstehen solche Korrealschuldner als gemeint, die sich zugleich gegenseitig verbürgt haben. S. gegen diese Ans. Fritz S. 197. und Vangerow S. 92 f. 4) Noch Andere, aber sehr Wenige, (z. B. *Ronchegall. de duob. reis const. ad leg.* 3. §. 1. Nr. 101—106.) verstehen unter den *ἀλλ. ὑπ.* nur solche Mitbürgen, die sich für einen Dritten verbürgt haben, wenn diese nicht ausdrücklich für die ganze Schuld einzustehen versprochen hätten, so sollen sie von Anfang an und überhaupt nur *pro part.* haften, entgegengesetzten Falls aber das *benef. divis.* haben. 5) Burchhardi hat im Archiv Bd. XIX. S. 49 ff. eine neue dahin gehende Auslegung versucht, dass von den Worten *εἰ μὲν—ὑφίστασθαι* ein Zwischensatz sei, welcher ausgeschieden werde, indem darin keine gegenseitige Verbürgung Statt finde, von welcher übrigens gehandelt werde, nämlich wenn jeder Mitschuldner das Ganze versprochen habe, ein Fall, auf dessen Begrenzung seit Nov. 4. viel ankomme, so sei nur eine gegenseitige Verbürgung anzunehmen. Diese habe von der Korr.-Obligation unterschieden werden sollen. S. gegen diese Ans. Fritz S. 196. und Vangerow S. 94. 6) Neuerlich hat Vangerow S. 81 ff. eine von allen abweichende besonders auf eine richtige, genaue Ermittelung der eingreifenden griechischen Worte (s. darüber Burchhardi S. 63 ff. und Heimbach in der Zeitschrift Bd. XVI. S. 68.) gestützte Erklärung dahin versucht: die Nov. 99. schliesse sich an Nov. 4. an, worin das *benef. ordinis s. excuss.* für die Bürgen eingeführt worden. Verlangt sei in jener, 1) dass Mehrere einen gemeinsamen Schuldvertrag in der Art abschliessen, dass für jeden der mehreren Schuldner daraus ein verhältnissmässiger Vortheil entspringe. Augenscheinlich denke Justinian vorzugsweise an ein von Mehreren aufgenommenes Darlehn; ebenso fassen auch die späteren Byzantiner die Nov. auf, nur sei sie freilich nicht darauf zu beschränken; 2) dass sich jeder gemeinsame Schuldner für den anderen verbürgt habe; das bedeuten die fraglichen Worte wirklich und

hierdurch nicht ein, sondern der Gläubiger kann nach Ausklagung der übrigen auf

bestimmt. Die Neuerung der Nov. sei nun folgende: a) wenn Mehrere gemeinschaftlich ein Darlehn aufnehmen, und sich für die Rückzahlung wechselseitig verbürgen, und dies, ohne Nebenverabredung *in solidum* zu haften, geschehe, so habe das in Nov. 4. eingeführte *benef. excussionis* ausgereicht, wenn der einzelne über seinen Theil in Anspruch genommen worden sei; damit sei denn namentlich der letztere, vermöge der Bürgschaft, wie sich von selbst verstehe, für den künftigen Fall nicht ausgeschlossen, wenn einer der Schuldner später als insolvent erscheine, was häufig von den Auslegern übersehen und wovon denn das Gegentheil angenommen werde. Dagegen sei b) für den Fall, „wenn die wechselseitige Intercession bei einem gemeinschaftlichen Darlehn in der Weise geschehe, dass jeder der mehreren Schuldner für das Ganze einstehen wolle, sie also eine passive Korreal-Obl. abschliessen, welche dieses nur formell, materiell aber eine Intercession sei, weil nun Jeder eine Quote principaliter schulde," in Nov. 99. die neue Bestimmung erlassen, dass, um nur seinen Theil oder doch nicht das Ganze zu bezahlen, der auf das letztere angegriffene Einzelne das darin vorgeschriebene eigenthümliche Verfahren, der Konvokation aller Mitschuldner, und die Regulirung der Sache demgemäs beantragen dürfe, so dass es nur Einen Prozess gebe. 7) Ferner haben Dedekind (*disquis. de exc. divis.* Gott. 1853, und im Archiv Bd. 40. H. 2. u. 3.) und mit ihm übereinstimmend Helmolt (doch ohne ihn zu nennen) a. a. O. S. 122. der Nov. die Ansicht abgewonnen, sie beziehe sich auf den Fall, wenn mehrere Schuldner sich für eine gewisse Summe als Partialhauptschuldner verpflichtet, und sich dabei einer für den anderen *in solidum* verbürgt haben. Für diesen Fall gerade wolle Justinian, um etwanige Zweifel auszuschliessen, bestimmen, dass durch den Zusatz bei der Verbürgung „*in solidum*", die Schuldner nicht zu Hauptschuldnern *in solidum* werden. Bei dieser Erklärung hängt Alles davon ab, worauf in Kap. 1. die Worte *in solidum teneri* bezogen werden müssen oder dürfen, worüber ich nur beiläufig bemerke, dass Savigny a. a. O. S. 283. sie auf die Hauptschuld und nicht auf die Bürgschaft bezieht. Ich erkenne die Dedekind'sche ausführliche Wortinterpretation des griechischen Textes als die gelungenste an, muss aber dennoch behaupten, dass sie für die Praxis die gemeine Ansicht nicht zu erschüttern vermag, was auch Dedekind selbst einräumt. An jener (deren Bedeutung für die Praxis Savigny S. 281. h) nach Burchhardi ohne allen Grund für widerlegt hält, s. dagegen Dedekind S. 265. 380 ff. 397. 421.) als einer Usualinterpretation festzuhalten, muss nämlich nicht nur das Vergebliche der bisherigen Interpretationsversuche, sich nur irgend allgemeineren Beifall zu verschaffen, der fortwährende Streit über alle entscheidende Worte und Sätze des (griechischen) Textes bis auf dessen Konstruktion, mehr wie irgendwo als räthlich gebieten, sondern vor Allem der Grund, dass sie den Text der Vulgata ohne Zweifel in sofern klar zur Seite hat, als danach *in solidum* von der Hauptobligation, und nicht von der Bürgschaft verstanden und zu verstehen ist; und wenn an einen, so ist man doch an diesen Text gewiesen, und ohne Bekanntwerdung des griechischen Textes (erst 1531) wäre über die Auslegung des lateinischen wohl kaum ein ernsterer Zweifel entstanden; s. Dedekind S. 382. Mit dieser Voraussetzung kann ich, ohne das überreiche Material des Streits vermehren zu wollen, doch nicht umhin, meine Auffassung des Vulgatatextes hier kurz darzulegen. Die Voraussetzung der Nov. ist entschieden eine gemeinschaftliche Schuld Mehrerer unter wechselseitiger Verbürgung. (Heimbach S. 67 ff. nimmt nur Darlehn an, aber wenn das auch richtig wäre, so ist aus inneren Gründen dem gewiss jedes *creditum* hier gleich zu setzen.) Ist diese nun einfach geschehen, (*si quidem non addiderit, debere etiam singulos in solidum teneri*,) so pflichte ich Vangerow's Resultat unter a) bei; für diesen Fall bedarf es — zur Erleichterung der einzelnen Schuldner, worauf die Nov. hinarbeitet, — keiner Neuerung, es genügt an dem *benef. excuss.* der Nov. 4., dieses ersetzt dann das *auxil. divis.* — Ist aber ein Zusatz der Art, dass Jeder *in solidum* haften sollte, geschehen, so wird die neue Bestimmung getroffen, dass eine solche Obl. dennoch nicht sofort beliebig gegen Einen allein ganz geltend gemacht werden, sondern vorläufig nur *pro parte*, und die übrigen anwesenden (was nach §. 1. von demselben Gerichtssprengel zu verstehen ist,) ebenfalls zu ihren Theilen herangezogen werden sollen, und erst wenn diese Voraussetzungen nicht zutreffen, soll der Einzelne das Ganze bezahlen

ihre bezüglichen Theile der Schuld, sobald er nicht volle Befriedigung derselben

müssen. Um jedoch dem Gläubiger die Rechtshülfe zu erleichtern, soll der Richter die Anwesenden vorladen, ihre Solvenz untersuchen und die ganze Sache in einem gemeinsamen Verfahren und durch ein gemeinschaftliches Urtheil erledigen. Für diesen zweiten Fall kann nun m. E., sobald eine passive Korreal-Obl. wirklich besteht, eine hinzukommende wechselseitige Verbürgung der Wirksamkeit jener in keinem Fall Abbruch thun, auch wenn letztere als Zweck der ersteren ausgesprochen worden wäre. (Ueber die nicht weiter hierher gehörige Frage, was die letztere nützen und in wiefern sie in besonderen Betracht kommen könne, s. Fritz S. 195.[146] und Burchhardi S. 52.[20]). Die Auslegung der konkreten Rechtsgeschäftsfälle dieser Art bleibt eine Sache für sich, und die Fassung ist freilich oft wunderlich genug (dahin gehört auch das berüchtigte: „Bürge-Selbstschuldner"). Ist aber eine wirkliche Korrealobligation nicht zu leugnen, so weiss ich nicht, wie dieselbe durch eine hinzukommende Verbürgung irgend soll modifizirt werden können. (Vergl. auch Helmolt S. 121. [b]) und Vangerow S. 92. gegen Savigny S. 285.) Mag immerhin die Nov. auf die erstere nur gelegentlich der letzteren zu sprechen kommen und die neue Maasregel anordnen, so ist dies doch für eine Korr.-Obl. geschehen, und wenn es nun einmal für sie als solche in Einem Fall gilt, warum nicht auch in anderen? Es sprechen aber auch die triftigsten inneren Gründe und die Gebote der Konsequenz für die allgemeine Ausdehnung derselben auf alle Korr.-Obl., und für die Verschmelzung der neuen Bestimmung der Novelle mit den früheren Normen in diesen Beziehungen. Die Nov. nämlich verfolgt den Zweck, dem Gläubiger auf eine sichere Weise zu seiner Forderung zu verhelfen, ohne einen der mehreren Schuldner unnöthiger Weise, d. h. so lange noch andere solvent sind, über die doch eigentlich auf ihn fallende Quote anzustrengen, vielmehr die Verpflichtung zum Ganzen nur im Nothfall, also *in subsidium*, eintreten zu lassen, indem auf diese Weise der wahre Rechtszweck erreicht und seine Vereitelung durch die Form vermieden werde. Dieser Zweck ist von ganz allgemeiner Natur, er ist sowohl auf mehrere einfache Bürgen, Konstituenten u. dergl. bezüglich, wie auf Korr.-Schuldner. Fasst man ferner das Verhältniss mehrerer Gesammtschuldner von dem in der Nov. angenommenen Gesichtspunkt auf, so darf allerdings als Regel angenommen werden, dass sie alle zusammen bezahlen wollen, was sie alle zusammen schuldig sind, mithin jeder einen Theil; soweit nun Jeder dennoch das Ganze zu bezahlen verspricht, übernimmt er dasjenige, was über seinen Theil hinausliegt, auf eine solche Weise, dass darin das Wesentliche einer Bürgschaft beruht, d. i. Bezahlen einer fremden Schuld. Unter diesen Umständen ist dann selbst der von Justinian gebrauchte allgemeine Eingang und Ausdruck: *si quis enim alterna fidejussione obligatos sumat aliquos*, ohne bestimmte Bezeichnung der einzelnen Arten der Schuldner, deren doch die *praef.* unter Rückbezug auf Nov. 4. gedenkt, vielleicht nicht absichtslos gewählt, denn er passt in der That auf alle. Wer diese Ausdehnung vermöge der Konsequenz nicht zugiebt, erhält in dieser so praktisch wichtigen Lehre ein so mannigfaltiges und zerstückeltes Resultat, dass es mir wenigstens unmöglich scheint, dass ein Recht so beschaffen sein und bleiben könne, ohne dass sich die Analogie von selbst die Bahn zur gleichen Beurtheilung wesentlich gleicher thatsächlicher Verhältnisse bricht. Er hat nämlich erstens die Fälle, auf welche die *ep. D. Hadr.* ausgedehnt worden, mit den besonderen Folgen dieser; zweitens die, auf welche die Nov. vermeintlich beschränkt ist, und drittens die, welche von beiden ausgeschlossen sind. Nimmt man nun ferner noch die abweichenden Grundsätze und Folgen der *epist.* und der Nov. in Bezug auf die Verwandlung oder Nichtverwandlung der *obl. in solid.* in *obl. pro parte*, die Rückforderung des irrig Zuvielgezahlten, den Regress und die Ausnahmen (s. nächste Anm. u. ff.) hinzu, so entsteht hier eine Buntscheckigkeit, deren Fortbestehen auf die Dauer ich nicht für möglich halte. Wäre daher die Nov. auch nur von vertragsmässigen Korr.-Schuldnern zu verstehen, d. h. hätte Justinian nur diese dabei vor Augen gehabt, was darum möglich ist, weil diese Art der Entstehung solcher Obl. die gewöhnlichste und häufigste ist, so muss ich dennoch darin ein für alle wenn auch vielleicht absichtslos ausgesprochenes Princip anerkennen, dessen analoge Beziehung auf andere Fälle dem Festhalten am Buchstaben vorzuziehen ich kein Bedenken trage, mag es auch richtig sein, dass der Gesetzgeber über ein so wichtiges Princip

erlangt hat, den Zahlungsfähigen von Neuem auf Nachzahlung des Rests in Anspruch nehmen [48]. Hat der Einzelne irrthümlich mehr gezahlt als seinen Theil, so kann er unter der Voraussetzung, dass andere zahlungsfähige Mitschuldner vorhanden sind, das Zuvielbezahlte zurückfordern [49]. Diese Exception findet in folgenden Fällen nicht Statt: 1) bei Obligationen auf Leistung untheilbarer Gegenstände, indem es vermöge des Begriffs einer Theilbarkeit der Leistung für jene bedarf, und wenn es zur Leistung des Werths kommt, deren Theilung schon ohne diese Ex-

sich direkter hätte aussprechen können. Die gemeine Meinung hat also, geleitet durch das Rechtsgefühl, in Anschluss an das *auxil. ex epist. D. Hadr.* und die übrigen älteren speziellen Erweiterungen, auch ohne haarscharf wortgetreu durchdringende Interpretation, mit gutem Recht eine konsequente Ausdehnung und allgemeine Anwendung des in der Nov. liegenden Princips aufgestellt. (S. auch Dedekind S. 421 f. 425.) Dieselbe hat denn auch wiederum der neueste Schriftsteller über diese Frage; *Wieding, Novella Justin.* 99. Berol. 1857 unter ausführlicher Revision aller hierzu vorgekommener Ansichten und sorgfältigster Wortinterpretation, so dass die Kontroverse dadurch den schätzbarsten Beitrag erhalten hat, vertheidigt (p. 81. 82 ff.). — In voller Uebereinstimmung hiermit steht es nun natürlich noch, dass die Abweichungen, welche die Nov. im Vergleich zur *epist.* enthält, oder welche aus derselben sich als Konsequenzen ergeben, auf alle Fälle, für welche schon früher jene galt, zur Anwendung gebracht werden müssen, und darunter namentlich die nun äusserst wichtige von der Wirksamkeit der Theilung auf die Verpflichtung zu den Raten der Mitschuldner, wenn diese insolvent sein sollten, s. Anm. [48] ff. Zur vollständigen Einsicht in die Anwendung der Neuerung der Nov. auf unsere heutigen Verhältnisse gehört aber noch Folgendes. Dass diese neue Rechtswohlthat, — wie sie mit Recht zu nennen ist, — mittelst Exceptio geltend gemacht werden müsse, ist nicht zu bezweifeln, und also keine Theilung *ipso jure* anzunehmen; es ist auch m. W. nur von *A. Faber Conject.* XI. 4. bezweifelt worden, s. dagegen Schröter S. 441. Wie ich nun schon anderwärts nachgewiesen habe (Erläuter. Bd. I. S. 545 f.), ist jedoch die vorher beschriebene Procedur zur Ermittelung der Solvenz der zu konvozirenden Mitschuldner durchaus unpraktisch und mit unseren Prozessgrundsätzen unvereinbar. Ich bezweifele nicht, besonders bei der allgemein herrschenden und auch richtigen Ansicht über Unzulässigkeit prozessualischer Adcitationen, dass die Anhänger der gem. Mein. mit mir einverstanden sein werden. Die Frage endlich, zu welchem Zeitpunkt die Mitschuldner solvent sein müssen, wenn das modifizirte *benef. divis.* Platz ergreifen soll, hat, seit der Aenderung, dass die später noch eintretende Insolvenz der Mitschuldner nun nicht mehr dem Gläubiger schadet, sondern deshalb der zuerst nur auf seinen Theil Verurtheilte immer noch auf den Rest des Ganzen bis zur vollen Befriedigung des Gläubigers in Anspruch genommen werden kann (s. Anm. [48]), ihre Bedeutung verloren.

[48] Nach dem älteren Recht haftete nach erfolgter Theilung Jeder nur noch für seinen Theil, nicht mehr für die Raten der nach der *lit. cont.* insolvent gewordenen Mitschuldner, §. 4. *I. de Fidejuss.* fr. 51. §. 4. *eod.* (s. vor. Anm.) Schröter hält S. 437. diese auf die Bürgen bezügliche Bestimmung, auch nachdem Justin. in c. 28. *de Fidejuss.* verordnet, dass der Gläubiger sein Recht gegen die übrigen Fidejussoren nicht durch *lit. cont.* oder Verurtheilung des einen, sondern nur durch wirkliche Befriedigung von Seiten desselben verlieren sollte, darum doch noch für praktisch, weil das spätere allgemeine Gesetz nicht das spezielle ältere aufhebe. Dies dahin gestellt, so ist nach Nov. 99. — *verb. Sic ei quoque pactum etc.* — die ältere Verordnung als aufgehoben zu betrachten, s. Fritz S. 191. [129] S. 193. u. 198, der jedoch mit Recht bemerkt, dass den Gläubiger kein Vorwurf der Nachlässigkeit treffen dürfe; auch Schröter S. 443 ff. (welcher freilich der Nov. eine beschränktere Wirksamkeit anweist, und die *exc. divis.* aus der *epistola D. Hadr.* als neben jener fortbestehend ansieht.)

[49] Die Rückforderung des irrthümlich Zuvielgezahlten fand nach der *ep. D. Hadriani* (*Pii*, Flor. s. Schröter S. 436.) nicht Statt, fr. 49. §. 1. *de Fidej.* nach Nov. 99. lässt sie sich — *verb. nec commune debitum proprium alicuj. onus fiat,* — rechtfertigen, s. Fritz S. 198. und Schröter S. 444. und ist also, als dem ganzen Zweck und Sinn derselben entsprechend seitdem als ganz allgemein anzunehmen.

ception eintritt[50]. 2) Bei Obligationen aus unerlaubten Handlungen, denn es ist nicht anzunehmen, dass den daraus Verpflichteten eine nicht ausdrücklich für sie berechnete Erleichterung zu Theil werden soll[50a]. 3) Den zur Zahlung von Vermächtnissen solidarisch onerirten Personen kann sie darum nicht zustehen, weil hier die Theilung der ausdrücklichen Anordnung des Testators zuwiderlaufen würde[51]. — Derjenige Solidarschuldner, welcher das Ganze zahlt, kann dagegen vom Gläubiger die Abtretung seiner Klagen wider die übrigen Mitschuldner fordern. Auch ohne diese aber kann er dieselben, ausgenommen den Fall, wenn die Gesammtschuld aus einer unerlaubten Handlung oder durch seine alleinige oder eine gemeinsame, ihn mittreffende Schuld entstanden ist, je nach den Umständen mit einer durch fingirte Cession des Gläubigers ihm zuständigen Klage, oder vermöge der Klage aus dem hier vorwaltenden Begriff der Geschäftsführung auf antheilsmässigen Ersatz in Anspruch nehmen[52]. — Hat ein Solidargläubiger das Ganze gefordert, so ist dadurch

[50] S. §. 84. III.; nur bei der wegen Bestellung von Servituten könnte Zweifel entstehen, weil dann die ganze *aestim.* auch von einem Einzelnen gefordert werden kann; schwerlich mögte sich aus der Nov. 99. deduziren lassen, dass diese besondere Erscheinung auch aufgehoben sein solle.

[50a] S. auch Dedekind S. 422.

[51] Vergl. Glück a. a. O. S. 527. und die dort Anm. [88] Gen., sowie auch Schröter S. 440. A. M. Dedekind S. 422. und Wieding *l. l.* p. 175. m. E. ohne überzeugenden Grund. Denn der Wille des Testators ist doch in der That darauf gerichtet, dass der Legatar das Legat aus dem Nachlass erhalte, und nicht in Betreff der Befriedigung deshalb an Andere gewiesen sein solle; die Onerirten erscheinen also mehr als Organe zur Ausführung des Willens des Testators, nicht wie in eigenem selbstbegründeten Schuldverhältniss mit dem Gläubiger, woraus die *exc. divis.* doch ihren wahren Ursprung nimmt. Ausser den obigen Fällen ist nach älterem R. die *exc. divis.* erfolglos: 1) im Fall böslichen Leugnens, fr. 10. §. 1. *de Fidejuss.*, 2) wenn die übrigen Schuldner Frauen sind, welche sich auf das S.C. Vellejan. berufen können, oder Minorenne, welche Restitution erhalten, fr. 48. *eod.*, was des Sinns wegen analog von jeder Unwirksamkeit der Verbürgung wird verstanden werden müssen, — und 3) die Bürgen für einen Vormund, *rem pup. salvam fore*, fr. 12. *huj. tit.* (Vergl. Bd. III. §. 150. Anm. [48]). Die Nov. 99. erwähnt dieser Einzelheiten nicht; nun würde sich zwar die erste Bestimmung mit ihr sehr wohl vertragen, dieselbe aber wird als eine besondere Strafe, zu deren Generalisirung nichts berechtigt, und welche, wenn sie vereinzelt für die der ehemaligen *exc. divis.* unterliegenden Fälle bestehen bliebe, einen Widerspruch bilden würde, und vielleicht gar auf die Bürgen allein zu beschränken ist, danach auch als antiquirt zu betrachten sein. (A. M. Fritz S. 197. u. Dedekind S. 425. Anm. [84]). Die zweite hat den Charakter einer schon weiter oben erwähnten Voraussetzung, wobei nur zu bemerken ist, dass rücksichtlich der Frauen in der solidarischen Verpflichtung eine Intercession enthalten sein müsste, worüber an einem anderen Ort zu handeln ist. Die dritte endlich, welche noch als eine wirkliche Ausnahme erscheinen würde, ist nur darauf berechnet, den Unmündigen vor einem ihm zufällig dadurch entstehenden Schaden zu bewahren, dass Ein Vormund mehrere Bürgen bestellt hat, nämlich in Rücksicht auf die Wirkung der ehemaligen *exc. divis.*, s. Anm. [35], nun ist aber diese weggefallen und daher halte ich auch diesen Fall für antiquirt, dessen thatsächliche Voraussetzung nach dem heutigen Vormund.-Recht übrigens kaum noch eintreten kann. — S. noch Anm. [7] a. E.

[52] Schon unter den Glossatoren war Streit darüber, ob der Mitschuldner aus einer Korr.-Obl., welcher das Ganze bezahlt hat, als solcher einen Regress an die übrigen habe, um die Antheile, welche er eigentlich für sie mitbezahlt hat, wieder zu erlangen. Sie waren der Bejahung mit einigen Modifikationen im Ganzen geneigt; Bulgarus verneinte es, wenn nicht besondere Gründe vorlägen. Seit dem 16. Jahrh. wurde die letzte Ansicht unter den Theoretikern die herrschende, mit Ausnahme gewisser Fälle, in denen besondere Gründe dazu anerkannt waren, und sie ist dies auch noch jetzt und findet sich in allen Pandektenbüchern, vgl. Schröter a. a. O. S. 415 ff. und Vangerow S. 76. Dagegen hielten es die Praktiker in grosser Zahl mit der Meinung des

keiner der anderen Solidargläubiger behindert, ohne Rücksicht auf den bereits anhän-

Bartolus, dass im Allgemeinen die *neg. gest. a.* auf verhältnissmässigen Ersatz Statt habe, s. die Nachweis. bei W. Sell in d. Zeitschr. Bd. III. S. 371. u. Schröter S. 416.[8]. Bei diesem Streit war von den Aelteren der Begriff der Korr.-Obl. so, wie Anm. [10] gesagt worden (so noch von Sell, welcher den Regress als Regel und allgemein — ausgen. den *dolus* — auf den Grund einer *negot. gestio* (*utilis*) übrigens ausführlich vertheidigt, s. dagegen Schröter S. 419 ff.), aufgefasst, also die Sol.-Obl. im engeren Sinn, nach der neueren (unrichtigen) Theorie, mit einbegriffen. Seitdem man diese Verhältnisse unterschied, hat sich die Verneinung auf die Korr.-Obl. im engeren und eigentlichen Sinn beschränkt, (vergl. Schröter S. 418 ff.), während man für die sog. blossen solidarischen Obligationen den Regress als selbstverständlich anerkennt. „Es erklärt sich dies auch (die Fälle des *dolus* ausgenommen) sehr natürlich," sagt Vangerow S. 80. (6. Ausg.) „wenn man nur bedenkt, dass dann, wenn Einer von mehreren blos solidarisch Verpflichteten das Ganze zahlt, er nicht blos eine Obl. aufhebt, deren Subjekt er ist, sondern zugleich die selbstständige Obl. der Uebrigen. Da er dadurch zugleich in einer selbstständigen fremden Angelegenheit handelt, so erhält er aber die *a. negot. gestor.* auf Ersatz, an deren Stelle auch eine *utilis a.* aus fingirter Cession treten kann. Vgl. fr. 30. *de Negot. gest.* fr. 1. §. 13. 14. fr 20. *de Tutelae et ration.* c. 4. *de In litem dando tut.* c. 2. *de Contrar. tut. jud.* fr. 4. *de His qui effud.*" Man wird zu der Annahme berechtigt sein, dass, sobald die gedachte theoretische Unterscheidung von der Einheit der Korr.- und der Mehrheit der Solidar- (Haupt-) Obl., als unrichtig erkannt, und eingeräumt wird, dass stets mehrere Obl. vorhanden seien, sich die ganze Anschauung von dieser Konsequenz gerade herumkehren werde. Nur kommt es dann noch auf die Erklärung einiger Stellen an, in welchen man bisher gerade noch für die *correos* den Regress verneint fand. Vorher ist jedoch noch zu bemerken, dass, so ausserordentlich wichtig die Streitfrage an sich betrachtet scheint, dennoch für eine so grosse Zahl der im Rechtsverkehr vorkommenden vertragsmässigen Solidar-Haupt- oder Korreal-Obl. (denn auf diese allein kommt es auch den Anhängern der Einheitstheorie gegenüber nur noch an) der Regress als begründet unbestritten anerkannt wird, dass man in Verlegenheit gerathen muss, wenn man sagen soll, welche Fälle nun noch übrig seien. Es wird nämlich 1) von Niemandem in Abrede gestellt, dass, wenn die *correi* in Societäts-, Kommunions-, Intercessions- oder Mandatsverhältniss stehen, des Falls, wenn der Gläubiger seine Klagen cedirt hat, nicht zu gedenken, der Regressanspruch allemal begründet ist. Ferner ist 2) in c. 2. *h. t.* eine Stelle vorhanden, die so allgemein und klar spricht, und darum auch von der Eingangs gedachten bejahenden Meinung stets als Hauptstütze benutzt worden ist, dass ihre Anzweifelung überraschen kann. Diese Stelle ist, wie die Basil. XXVI. 3. 4. ergeben, von diesen denn auch ganz allgemein verstanden worden. Nichts desto weniger wird sie von den Gegnern (s. Schröter a. a. O. S. 425 ff. und die dort S. 427.[1] Gen. und Vangerow S. 79.) mit Rücksicht auf den darin vorkommenden Fall des Darlehns beschränkend erklärt, an dessen Vortheil jeder *correus* participirt habe, während es doch ganz natürlich ist, wenn das Reskript des Rechtsgeschäfts, in Veranlassung dessen es extrahirt worden, Erwähnung thut, auch der gemeinsame Vortheil durchaus nicht sicher feststeht, vielmehr recht wohl einer von mehreren *correis* das ganze Geld empfangen und in seinen Nutzen verwenden kann, während alle den Schuldschein als *correi* ausstellen. Doch gestatten auch die Gegner wenigstens die Ausdehnung, dass nicht gerade blos ein Darlehn, sondern jede Korr.-Schuld mit gemeinschaftlichem Vortheil verstanden werden dürfe, womit denn die grösste Zahl der im Rechtsverkehr vorkommenden Korr.-Obl. unter die Ausnahme fallen, und diese somit viel wichtiger wie die (vermeintliche) Regel werden würde. Es gehören hierher endlich 3) alle die Stellen, in welchen unter den wegen Untheilbarkeit der Leistung solidarisch verpflichteten Personen die Regressklage für den anerkannt ist, der die ganze Leistung gewährt hat, s. §. 84. Anm. [19], [21], [24], [27], [33] und [37]. (Vergl. Schröter S. 433. u. Sell S. 414. und die dort Gen.) — Abgesehen nun von dem Vorstehenden, hat Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 226—278. in seiner ausführlichen Erörterung dieser Lehre eine allgemeine Begründung der Regressklage in der erzwingbaren Cession, sowie, und das ist die Hauptsache, in der *utilis a.* als Folge fingirter Cession, darzuthun gesucht (s. bes. S. 248 ff.) und Anwendungen davon namentlich in den schon citirten fr. 1. §. 13. 14. *de Tutelae etc.* u. der c. 2.

gigen Prozess seine Forderung ebenfalls selbstständig klagend in Anspruch zu neh-

h. t. gefunden. Diese Entwickelung sowie die etwanige Zweifel beseitigende Erklärung der weiter oben schon erwähnten, bis jetzt ausgesetzten Stellen hat Vangerow S. 83 ff. (6. Ausg.) angegriffen. Meine Ansicht darüber geht dahin. Ich muss die Savingny'sche Ausführung als eine vortreffliche anerkennen, kann aber in Vangerow's Polemik gar nicht eintreten, so lange er auf dem bisherigen Standpunkt von der Einheitstheorie der Korr.-Obl. steht. Ist nun diese unrichtig (s. Anm. [10]), so hat er selbst die Regressklage (als *negot. gestor.* und *utilis a.* aus fingirter Cession) in seinen oben abgedruckten Worten als begründet nachgewiesen. Einzelnes von seiner Gegendeduktion wird im Folgenden berührt werden. — Ich wende mich nun zu den mehrmals gedachten, etwas Widersprechendes enthalten sollenden Stellen: 1) fr. 62. pr. *ad Leg. Falcid.* Daneben soll nach Vangerow ohne Voraussetzung einer *societas* eine Regressklage der zahlenden *correi* gegen den anderen nicht denkbar sein; nach Savigny S. 271 f. ist sie für diesen Fall gar nicht verneint, sondern die Frage von der Berechnung der Falcidischen Quart von dem dereinstigen effektiven Erfolg abhängig gemacht, wofür Kaution zu stellen sei. Diese letztere Auffassung überwiegt schon offenbar die andere. Aber die Sache bietet noch eine weitere Anschauung dar. Wenn nämlich Vangerow gegen Savigny einwendet, „sollte ohne Societät Regressklage Statt finden, so hätten Ulpian und Julian unmöglich so schreiben können, denn dann wären die Gegensätze (*si socii sint*, und *si non sint*) in Betreff der Berechnung der Quart irrelevant," so ist dies nicht richtig. Er meint ohne Zweifel, dass dann auch im zweiten Fall, *dividi inter eos debere obligationem.* Allein die Theilung ist hier so wenig eine Nothwendigkeit, wie, dass die Forderung wirklich bezahlt, oder eingefordert werde. Letztere bleibt vielmehr hier wegen der augenblicklichen Ungewissheit ausgesetzt; sie kann ja auf mannigfaltige Weise erlöschen, ohne dem Vermögen eines der *correi* zu Gute, oder zum Abzug zu kommen. Nicht der mögliche Regress ist also im ersten Fall der Grund der Entscheidung, sondern die Societät mit ihren Folgen; und der zweite ist etwa so paraphrasirt weiter auszuführen: „denn wollte man etwa für *correos prom.* an eine später erfolgende Ausgleichung vermöge der doch Statt findenden Regressklage denken, und auch hier die Schuld zur Hälfte in Anrechnung bringen, so ist doch der Erfolg kein sicherer, und darum bleibt nichts übrig, als, wenn keine Einigung der Interessenten möglich ist, eine solche Schuld augenblicklich ausser Ansatz zu lassen und späterer ergänzender Berechnung vorzubehalten." Versteht man den Fall aber vollends mit der Glosse davon, dass Testator und Erbe (nicht ersterer und ein Dritter) die *correi* waren, so erklärt sich die Entscheidung der zweiten Alternative, *quodsi societas nulla inter eos fuisset*, auf eine Weise, dass von Regress nicht die Rede sein kann, und die Stelle also gar nicht hierher zu ziehen ist. 2) §. 4. *I. de Fidejuss.* (coll. Gai. III. §. 123.) fr. 39. *ej. tit.* c. 11. *ej. tit.*, worin ganz entschieden den Mitbürgen die Regressklage versagt ist, „weil sie sich mit dem *benef. divis. ex epistola D. Hadriani* schützen können und wenn sie dies unterlassen, durch eigene Schuld leiden." Hiergegen hatte Savigny S. 278. kurz erwidert, die *confidejussores* seien aber gar nicht *correi*, wie Vangerow zu seinem Einwand daher voraussetze, was dieser wieder so lange als Ketzerei verdammt, bis es bewiesen sei. Den Beweis hat inzwischen, unabhängig von diesem Streit, Helmolt S. 126 ff. überzeugend geführt. — Es entsteht nun zuletzt noch die Frage, in wiefern die Nov. 99. (s. Anm. [47]) auf die Statthaftigkeit der Regressklage Einfluss habe? Dass sie dadurch nur in irgend einer Weise Ausdehnung gewinnen, und keine Beschränkung erfahren haben könne, darüber kann kein Zweifel sein, nur fragt sich, ob und in wieweit? Thibaut (s. Brauns Erört. §. 227.) nimmt es an, so oft sich der einzelne Zahlende auf das *benef. divis.* der Nov. hätte berufen können; Schröter S. 435. 445. tritt dem bei, und Fritz S. 198. ebenfalls nach den Worten: *nec commune debit. propr. alicuj. onus fiat*, für die vertragsmässigen Korr.-Schuldner. Gewiss ist die Regressklage ganz dem Geist und Princip der Nov. angemessen, und da nun für die Hauptfälle schon sämmtlich eine solche anderweit anerkannt ist, so wird man sie unbedenklich auch für die Korr.-Obl. anzunehmen berechtigt sein, bezüglich deren eine solche Klage nicht schon aus besonderen Gründen besteht. Dies führt mich aber nochmals auf die Frage von der Regressklage für mehrere Bürgen zurück, die ich des Zusammenhangs wegen gleich hier noch weiter betrachten will. Ist eine solche nicht nach Nov. 99. c. 1. in demselben Umfang anzuerkennen, wie die

men[53], allerdings aber müssen beide Prozesse ein Ende nehmen, sobald der Schuldner dem Einen geleistet hat, wobei es gleichgültig ist, an welchen es geschah und selbst ob ein anderer schon eine rechtskräftige Verurtheilung herbeigeführt hat[54]. Wer nun das Ganze oder einen grösseren Theil als einen Kopftheil in Empfang genommen, braucht mit den übrigen nur dann zu theilen, wenn er mit ihnen in

exc. divisionis? (also auch für eine blosse Mehrzahl von Bürgen, die nicht zugleich *correi* mit *mutua fidejussio* sind, s. §. 129. Anm. [58]). Dafür scheint zu sprechen, dass dort express gesagt ist, es solle ein *commune debitum non proprium cujuspiam onus fieri.* Ferner, dass die Wirksamkeit der *exc. divis.* früher in ganz anderer Weise, nämlich vom Rest befreiend, half, als sie nach Nov. 99. c. 1. zu verstehen ist, (s. Anm. [36]) woneben die Regressklage entbehrlich sein mogte. Endlich deduzirt Girtanner (ohne Rücksicht auf Nov. 99. c. 1.) Bürgschaft, S. 538 f. Anm.[3]) auf Grund der Savigny'schen Erörterung über die fingirte Cession aus inneren Gründen, und unter versuchter Beseitigung der vorher unter 2) gedachten Stellen, direkt die Regressklage, — was mir freilich sehr kühn scheint, wenn auch die Frage von ihr zu denen gehört haben dürfte, in der eine neue rechtliche Ueberzeugung sich Bahn zu brechen anfing, ohne dass die Entwickelung bis zur Vollendung geführt worden ist. Indessen lässt sich, bei aller Hinneigung zur Durchführung des Princips der Novelle in weitester Ausdehnung, als einer Fortbildung älterer einzelner Aeusserungen in dessen Sinn, doch über die Voraussetzung nicht hinauskommen, dass das *debitum* eben ein *commune* sein müsse. Ist es dies nun immer? Nehmen mir gleich den äussersten Fall, dass die mehreren Bürgen zu verschiedenen Zeiten, an verschiedenen Orten, und ohne von ihren gegenseitigen Handlungen etwas zu wissen, gebürgt haben, und ihnen dies erst später, nachdem einer wirklich für den insolventen Schuldner gezahlt hat, (wobei von *negotior. gestio* nicht die Rede sein kann) bekannt wird. Ohne Zweifel ist jede Verbürgung Mehrerer als Rechtsgeschäft nach seinen besonderen Umständen aufzufassen und auszulegen. Ist sie nach vorheriger Beabredung dazu gemeinsam geschehen, so ist allerdings ein Gesellschaftsverhältniss zwischen den *confidejussores* anzuerkennen; vergl. auch Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 812. Dass eine solche Konvention auch stillschweigend geschehen könne, wird ebenso wenig zu bezweifeln sein. Wenn es aber daran fehlt, also m. a. W. an besonderen Gründen für den Regress, so vermag ich doch bis jetzt in der Mitbürgschaft selbst eine ausreichende Begründung des Regresses nicht anzuerkennen.

53 Angesehene Civilisten behaupten, die Aufhebung der konsumirenden resp. novirenden Wirkung der *lit. cont.* in c. 28. *de Fidejuss.* (Anm. [17]) habe sich nicht auf die aktive Solidarität erstreckt, es werde also der Schuldner durch *lit. cont.* mit Einem Gläubiger ausschliesslich an diesen gewiesen, und darum von den übrigen frei, fr. 57. §. 1. *de Solut.* fr. 31. §. 1. *de Novat.* fr. 16. *h. t.* s. Puchta §. 235. g), Fritz zu Wening Bd. II. S. 181. Vangerow S. 94. Der letztere hat jedoch in der 6. Ausg. S. 102. sich der entgegengesetzten Ansicht angeschlossen, s. Wächter Erörter. H. 3. S. 58. Buchka Einfl. des Proz. auf d. mat. R. Bd. II. S. 40 f. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 182 f. (f) (über die gedachten Stellen) Syst. Bd. V. S. 254 f. Bd. VI. S. 277. 279. 281. 307. Doch will Buchka eine *exc. rei in jud. deductae* zulassen, wenn ein *corr. cred.* bereits Klage erhoben hat, „da ihrer aller ungetheilte Obl. *in pendenti* ist"; mit diesem unrichtigen Grunde fällt die Folgerung. Die beiden anderen sind zuletzt noch darin verschiedener Ansicht: Savigny lehrt, die Klage des einen *corr. cred.* werde erst durch die Befriedigung ausgeschlossen, (ich verstehe ihn, nach Bd. V. S. 253. bestimmt so) Wächter (dem S. nur soweit zu gehen scheint,) behauptet dagegen, dass derjenige Gläubiger, welcher zuerst ein rechtskräftiges, den Schuldner verurtheilendes Erkenntniss auswirke, den anderen vorgehe und dadurch deren Klagen ausschliesse. Der für diese letztere Meinung aus fr. 14. pr. *de N. A.* fr. 10. *de Pecul.* fr. 4. *de In rem verso* und fr. 19. pr. *de R. J.* gefolgerte allgemeine Grundsatz ist aber kein solcher. Nicht die *res judicata* macht die Obl. des anderen Gläubigers erlöschen, sondern erst die Leistung. S. Savigny a. a. O. vgl. Anm. 10 a. E.

54 Dies scheint mir nothwendig daraus zu folgen, dass die Obl. der anderen Sol.-Gläub. bis zur Befriedigung fortbestehen, diese aber nirgends gerade an den ausschliesslich geboten ist, welcher geklagt und bereits eine *condemnatoria* erwirkt hat.

einem besonderen Verhältniss steht, woraus sie das fordern können; aus dem Solidarcharakter ihrer Forderungen an sich folgt das nicht[55].

§. 90.

Erfüllung der Obligationen.

Die Erfüllung ist die Leistung dessen, was der Gläubiger zu fordern und der Schuldner zu gewähren hat, um das bestandene Verhältniss aufzulösen. Der Gegenstand der Erfüllung trifft daher mit dem der Obligation nothwendig überein, und es ist Regel, dass jede obligatorische Zusage genau und wörtlich ihrem Inhalt gemäss erfüllt werden muss. Durch wen dieselbe geschehe, ist, hingesehen auf ihren objektiven Inhalt, in der Regel gleichgültig, doch kann nicht nur in besonderer Beabredung, sondern auch in der Natur und Beschaffenheit der Leistung allerdings ein Grund liegen, dass der Schuldner in Person erfüllen solle[1]; abgesehen hiervon ist Stellvertretung und Erfüllung durch Dritte zulässig. Es kann ferner namentlich der Schuldner nicht ohne Zustimmung des Gläubigers anstatt des schuldigen Gegenstands einen anderen (*aliud pro alio*) leisten[1b], oder theilweise, wenn er seiner Natur nach ganz und auf einmal gefordert werden kann[2]; der Gläubiger kann ebensowenig etwas Anderes fordern, dagegen steht ihm frei, einen Theil seiner Forderung geltend zu machen, wenn sie vermöge ihres Inhalts eine Theilung zulässt, nur kann er, wenn der Schuldner theilweise Leistung unter dem Erbieten, das Ganze zu leisten, ablehnt, nicht auf erstere bestehen[3]. Die Nothwendigkeit der Erfüllung in der gedachten Art und Weise unterliegt aber theils näheren Bestimmungen aus dem Gesichtspunkt der Möglichkeit, sie im Weg Rechtens zu erzwingen, theils Modifikationen wegen eingetretener Unmöglichkeit der Erfüllung. Die erstere Rücksicht nämlich tritt dann ein, wenn es zur Erreichung des rechtlichen Zwecks der schuldigen Handlung durchaus des Willens des Schuldners bedarf, und jener als Thatsache nicht auch ohne diesen erreicht werden kann. Alsdann hängt die Erfüllung in sofern vom Schuldner ab, dass, wenn er sie beharrlich verweigert, der Gläubiger nicht dazu gelangen wird, sondern das Interesse an Stelle der geschuldeten Handlung tritt (s. §. 86. I.). In solchen Fällen kann zwar der Gläubiger, wenn er es nicht vorzieht, sofort auf das Interesse zu klagen[4], die Handlung klagend fordern,

[55] Vergl. *Voet ad Pand.* 45. 2. §. 7. Thibaut a. a. O. Wening §. 207. u) Schröter S. 419. Gewöhnlich wird dieser Satz auf fr. 62. pr. *ad Leg. Falcid.* gestützt, und es ist darin allerdings ein starkes Argument dafür enthalten, allein nach m. E. kann man erst den Beweis des Gegentheils, der Bejahung, erwarten, worin sich ein solches Verhältniss gründen solle, und welche Klage eigentlich dem Mitgläubiger zustehe. Zwar nimmt Fritz S. 182. an, dass hier der Gesichtspunkt vorherrsche, dass der, welcher das Ganze empfange, die Befriedigung theilweise in eigenem und theilweise in fremdem Namen erhalte; dies wird zwar häufig zutreffen, d. h. es werden wirklich solche Verhältnisse zwischen den mehreren Sol.-Gläubigern vorwalten, allein ein allgemeiner Gesichtspunkt der Art für Sol.-Obl. existirt nicht.

[1] Fr. 31. pr. *de Solut.*

[1b] Fr. 2. §. 1. in f. *de R. C.* c. 16. *de Solut.* (Anweisung statt Baarzahlung) fr. 11. §. 25. *de Leg.* III. (Baarzahlung statt einer schuldigen Handlung). Die prozessualische Bestimmung des §. 35. *I. de Act.* ist nicht mehr praktisch. Isolirt stehen hier die Fälle der sog. facultas alternativa, d. h. die dem Schuldner in einigen wenigen Verhältnissen zustehende Befugniss, anstatt des *in obligatione* allein befindlichen Gegenstands, (die darum auch eine einfache ist, s. Wening §. 189. q., Thibaut System §. 84. z. A. 7. Aufl.) sich von dessen Leistung durch Hingabe eines anderen freizumachen, s. z. B. fr. 6. §. 1. *de Re jud.* fr. 16. §. 3. *de Pignor.* c. 2. *de Resc. vend.*

[2] S. §. 84. III. B. z. A. u. Anm. [41].

[3] S. ebendas.

[4] S. §. 83. Anm. [2]. Ueber die Frage, ob ihm dann noch die Erfüllung der schuldigen Lei-

es wird auch das richterliche Urtheil darauf gestellt, die Hülfsvollstreckung aber ist nur auf das Interesse möglich, und mit dem Gelangen zu diesem tritt dann die Erfüllung ein, während in denen, wo es zur Erreichung des rechtlichen Zwecks der Obligation einer positiven Willensäusserung des Schuldners nicht bedarf, dieselbe vom Richter durch äussere Gewalt erzwungen wird (s. überhaupt §. 29. II. a.). Was sodann die angedeuteten Modifikationen betrifft, so ist vorerst zu bemerken, dass deren gedachte Veranlassung noch weiter reichen und die Forderung ganz und gar aufheben kann, wie in der Lehre von dem Erlöschen der Obligationen durch Zufall näher erhellen wird. In dieser Ausdehnung ist sie hier nicht gemeint, auch nicht in sofern, als, wenn der Inhalt der Leistung dem Schuldner unmöglich geworden und er dadurch nicht frei wird, im Allgemeinen das Interesse an deren Stelle tritt (s. §. 93. II. A. 1) 2)), worin allerdings eine Modifikation der Erfüllung der schuldigen Leistung liegt, welche aber bereits in einem anderen Zusammenhang erörtert worden ist (s. §. 86. I.); vielmehr nur in den beiden besonderen Beziehungen, wenn der Schuldner eine Sache leisten soll, die er nicht hat und nicht schaffen kann, wohl aber Geld oder Geldeswerth hat, und wenn er umgekehrt Geld leisten soll und zwar nicht dieses, wohl aber Sachen hat. Beide Fälle sind näher zu betrachten.

I. Wenn der Schuldner eine Sache leisten soll, die er nicht hat und nicht erlangen kann, und keine Gründe vorhanden sind, aus denen er auf das volle Interesse des Ausbleibens dieser Leistung in Anspruch genommen werden kann, namentlich also er weder in Verzug, noch in Schuld sich befindet, so tritt an die Stelle der Sache deren absoluter Werth, (s. §. 86. II. A. vergl. mit B. z. A.) und mit dessen Leistung geschieht der Obligation Genüge. Verhältnisse dieser Art können auf verschiedene Weise begründet sein; die zunächst liegende Möglichkeit, durch Vertrag (s. ebendas. Anm. 4.), gehört aber nicht hierher, weil bei der alsdannigen Erfüllung keine Modifikation eintritt, sondern die Leistung der Zusage gemäss geschieht. Es kann nämlich ein Ersatz dieser Art in der Natur des durch ein gewisses Rechtsinstitut begründeten Verhältnisses beruhen, d. i. wenn der Schuldner zwar eigentlich eine empfangene Sache zurückgeben, dennoch aber einen solchen Gebrauch davon soll machen dürfen, wodurch sie verbraucht und verzehrt wird oder werden kann, oder wenn es nur darauf ankommt, dem Gläubiger den wahren Werth der Sache zu sichern, so z. B. beim Quasi-Niessbrauch (s. §. 59.) und bei der Uebergabe von Kaufswegen taxirter Mitgiftssachen[5]. In den meisten Fällen aber ist darauf Rücksicht genommen, dass der Schuldner durch die Leistung des vollen Interesses in einen im Vergleich zum Grunde seiner Verbindlichkeit ganz unverhältnissmässigen Nachtheil gerathen könnte; so z. B. wenn Jemand, wie ein Gastwirth, für den an Sachen eines Anderen durch Dritte angerichteten Schaden, oder für nicht durch ihn verloren gegangene Sachen, oder wenn der Eigenthümer für die durch sein Thier beschädigten und zerstörten Sachen haften muss; ferner, wenn einem Erben letztwillig aufgegeben worden ist, einem Legatar eine dem Erblasser nicht gehörige Sache, oder dieselbe Sache Zweien zu verabreichen[6]. Wenn in diesen Fällen der Werth der Sache nach Ort und Zeit verschieden ist, indem diese Momente auf denselben von Einfluss sind, so richtet sich die Taxe danach mit (s. §. 86. II. B. a. 3) 4)).

II. Wer eine Summe Gelds schuldet und sich kein Geld schaffen kann, darf, wenn er in der Lage ist, dass ihm die Nothwendigkeit der Vermögensabtretung (*cessio bonorum*, s. §. 91. B.) droht, er jedoch aber auch Anspruch auf diese hat,

stung selbst aufgenöthigt werden kann, s. §. 93. bei Anm. [8].

[5] Fr. 10. §. 6. fr. 69. §. 7. *de J. D.*

[6] Fr. 71. §. 3. fr. 33. *de Leg.* I.

zu deren Abwendung dem auf Zahlung dringenden Gläubiger anbieten und von diesem, wenn er nicht nun noch Stundung gewähren will, verlangen, dass dieser aus des Schuldners beweglicher Habe Sachen auswähle, um sie nach vorgängiger gerichtlicher Taxe an Zahlungsstatt anzunehmen [7]. Fehlt es an Mobilien, oder reichen sie nicht aus, so steht dem Schuldner, wenn er Grundstücke besitzt, frei, diese zum Kauf auszubieten, und wenn kein annehmliches Gebot erfolgt, so sollen sie ebenfalls gerichtlich taxirt und dann dem Gläubiger, wie vorher, bis zur Deckung der Schuld zu wählen überlassen werden [8]. Diese im Interesse des Schuldners getroffene Maasregel heisst beneficium dationis in solutum, und ist eine Art von nothwendigem Kauf [9], daher denn der Schuldner auch wegen Entwährung haftet und nach Möglichkeit Sicherheit bestellen soll; wenn eine solche geschieht, steht dem Gläubiger die Wahl zu, entweder als Käufer Anspruch daraus zu erheben, oder seine Forderung, beziehungsweise ganz oder zum Theil, als nicht getilgt zu betrachten [10].

[7] Dieses Institut ist erst in Nov. 4. c. 3. ausgebildet, während früher der Zweck nur im Weg der Konvention zu erreichen war; über die einzelnen aus deren Interpretation zu gewinnenden Sätze s. Marezoll in Löhr's Magazin Bd. IV. S. 230 ff. Die Anwendung davon im J. R. A. §. 172. hat nur auf die im dreissigjährigen Krieg entstandenen Verschuldungen Bezug, s. dens. S. 245 f. (vergl. auch Unterholzner Bd. I. S. 363.) Die ganze Anordnung ist eine ausserordentliche Maasregel zu Gunsten des Schuldners, u. muss daher mit möglichster Strenge aufgefasst und beobachtet werden. Namentlich sind es folgende Punkte, auf welche besonders noch aufmerksam zu machen ist: dass nur ursprünglich auf Geld gerichtete Schulden gemeint sind; dass Pfandgläubiger in ihrem Recht am Pfand nicht dadurch berührt werden; die Voraussetzung der Erfordernisse der *cessio bonor.*, wonach Deliktsforderungen ausgeschlossen werden, und deren drohendes Bevorstehen, denn die *datio in sol.* ist überhaupt nur ein Mittel, deren Folgen für augenblicklich in Verlegenheit gerathene Schuldner abzuwenden (s. Marezoll S. 233 f.), und diese nicht der Härte und Rücksichtslosigkeit des Gläubigers Preis zu geben; dass es vom letzteren abhängt, ob er es wirklich zur *datio i. s.* kommen lassen, oder noch Stundung gewähren will, wenn er aber diese durchaus versagt, jene Bestimmungen wider ihn eintreten, so dass er dadurch gebunden ist; die Subsidiarität der Grundstücke. — Mühlenbruch Cession §. 38. a. E. hält auch die *nomina* für tauglich, um *in solutum* gegeben zu werden; ich kann aber eine Ausdehnung dieses *jus singulare* über die ausdrücklich genannten Objekte nicht für zulässig erkennen. Vergl. auch Unterholzner a. a. O. S. 364., welcher sogar das Angebot beweglicher Sachen für nicht klar hält, aber doch wohl mit Unrecht. Buchholtz in d. Rec. dieses Werks in den Lpzgr. krit. Jahrb. 1848. S. 294. sucht dies unter Bezug auf den J. R. A. §. 172. zu rechtfertigen, weil er allgemein von „bewegl. und unbewegl. Gütern" spreche. Sollte das aber nicht eben unter Bezug auf die Nov. 4. c. 3. zu verstehen sein?

[8] Vergl. Marezoll S. 241. bes. über das *arg. contr.* aus Nov. 120. c. 6.

[9] Fr. 24. pr. *de P. A.* c. 4. *de Evict.* Diese Stellen, welche auf das ältere Recht noch Bezug haben (s. Anm. [7] z. A.), lassen sich nämlich unbedenklich auch auf das durch Nov. 4. c. 3. geordnete Verhältniss beziehen, da dasselbe, wenn auch durch vermittelnde Nöthigung des Gesetzes, immer einen Kontrakt in sich schliesst.

[10] Das erste folgt aus den beiden Stellen der vor. Anm., das zweite lässt sich bezweifeln, nach m. A. aber aus folgenden Gründen rechtfertigen. Die Erfüllung der Schuld geschieht nicht auf eine dem wirklichen Willen des Gläubigers gemässe Weise, wie bei einem eingegangenen freien Kauf durch Kompensation der Geldschuld und des Preises, sondern mittelst einer für ihn eintretenden Nothwendigkeit; ergiebt sich nun durch Eviktion, dass diese nicht einmal zum Zweck geführt hat, ihm Befriedigung in Sachen als Geldeswerth zu gewähren, so muss er billiger Weise möglichst vom Recht gesichert werden, dass er nicht gar durch die Begünstigung des Schuldners in Schaden gerathe, und dazu bietet sich sehr natürlich der Gesichtspunkt dar, dass, da nun das Medium der Kompensation verschwunden und eigentlich niemals vorhanden gewesen, die Schuld auch nicht im Weg einer solchen wider den Gläubiger eingetretenen Nothwendigkeit als getilgt erscheine. Ein sehr sprechendes

Die Kirchen und milden Stiftungen sind als Schuldner hierbei in Ermangelung von Mobiliarvermögen in sofern begünstigt, dass 1) ihre Grundstücke um ein Zehntheil über den taxirten Werth angenommen werden müssen, und der Gläubiger nicht freie Wahl darunter hat, sondern sich gefallen lassen muss, dass ihm theils gute, theils geringere Ländereien gegeben werden; 2) dass ihnen freisteht, wenn Befriedigung auf diese Weise zu erzielen ist, vorerst dem Gläubiger nur ein Spezialpfandrecht an den Grundstücken zu bestellen und deren Besitz einzuräumen, um sich allmälig aus den Früchten bezahlt zu machen, wobei dann die Zinsen auf drei vom hundert herabgesetzt werden [11]. — Durch diese Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt erfolgt nun soweit Befriedigung der Schuld, als die Taxe derselben eine solche enthält [12].

Mit der Erfüllung an sich treten zwei Momente in Beziehung, welche für den rechtlichen Charakter dieses Begriffs nicht minder wichtig sind, als sein objektiver Inhalt und Umfang, die Zeit und der Ort derselben, beide unter dem doppelten Gesichtspunkt, wann und wo die Erfüllung gefordert werden kann und also geschehen muss, und wann und wo der Schuldner die Annahme der Leistung von Seiten des Gläubigers zu erwarten berechtigt ist. Da mit beiden manche andere Institute und Begriffe verbunden werden müssen, so sind sie hier zu sondern.

§. 91.

Zeit der Erfüllung; beschränkende Befugnisse des Schuldners in dieser Hinsicht.

I. Die Frage, wann eine Obligation erfüllt werden soll, ist zunächst danach zu beantworten, ob dazu ein gewisser Zeitpunkt feststeht, oder nicht. Ein solcher kann nämlich theils durch Beabredung der Betheiligten, theils durch den Richter in einem zur Leistung verurtheilenden Erkenntniss festgesetzt werden, in manchen Fällen ist er gesetzlich festgestellt [1]. Fehlt es an einer Bestimmung darüber, so ist die Forderung fällig (*et cessit et venit dies*), d. h. ihre Erfüllung kann verlangt und muss geleistet werden, sobald sie entstanden ist [2]; von selbst versteht sich aber, dass immer soviel Frist, als zur Verwirklichung und Vollendung der Leistung vermöge

Argument dafür enthält fr. 46. pr. *de Solut.*, worin sogar die Forderung einer Sache fortdauert, welche durch Annahme einer anderen Sache nach Einverständniss beider Theile hat getilgt werden sollen, wenn die letztere entwährt worden ist. Vergl. auch Puchta §. 240 f. Die in der Lehre von der *impetratio dominii* des Pfandgläubigers sich findenden scheinbaren Gegengründe erklären sich dadurch, dass jene direkt vom Gläubiger beantragt wird, und Befriedigung durch sie nicht gegen, sondern mit seinem Willen eintritt, s. Sintenis Pfandr. §. 56. — Ueber den aus dieser Anordnung von der Praxis gefolgerten Satz, dass *piae caussae* bei starker Ueberschuldung Herabsetzung der Zinsen durch die Staatsregierung suchen können, s. Böhmer J. E. P. III. 16, 48.

[11] Nov. 120. c. 6. §. 2. Die spezielleren Vorschriften über die Procedur sind als veraltet zu betrachten, und heutzutage durch die Verwaltungsgrundsätze des Vermögens der *piae caussae* theils erledigt, theils ersetzt. Schwierig ist die Frage zu entscheiden, auf wie lange eine solche allmälige Befriedigung hinausverschoben werden darf; das Gesetz sagt nur: *quodsi hoc modo debitum solvere nequeant.* Es bleibt nichts übrig, als hier dem richterlichen Ermessen freien Spielraum zu lassen, die Angelegenheit möglichst im Interesse beider Theile zu ordnen.

[12] Fr. 26. §. 4. *de Cond. indeb.* vergl. Marezoll a. a. O. S. 243 f. Mühlenbruch §. 465 [3] a. E.

[1] S. §. 21. Bd. I. S. 178. und z. B. §. 49. a. E. unter 2); ferner Bd. III. §. 214. Anm. [9].

[2] Fr. 41. §. 1. *de V. O.* fr. 14. *de R. J.* fr. 213. *de V. S.* §. 2. *I. de V. O.* Es ist m. a. W. dann *actio nata;* den Nachweis für die einzelnen Obl. nach ihrer Verschiedenheit von diesem Gesichtspunkt aus s. §. 31. II. 2).

ihrer Natur und ihres Inhalts erforderlich ist, dem Schuldner dazu verstattet wird, namentlich also [3], wenn sie an einem anderen Ort, als dessen dermaligem Aufenthaltsort geschehen soll [4], oder eine oder mehrere Handlungen umfasst, welche zu ihrer Vollendung einen gewissen Zeitraum erfordern [5], oder erst im Werden begriffene Gegenstände [6]; dem zuwiderlaufende Beabredungen würden sogar ungültig sein [7]. Ist dagegen ein Zeitpunkt festgesetzt worden, so wird mit dessen Eintritt, wozu, wenn derselbe auf einen Tag gesetzt worden, oder, bei der einen längeren Zeitraum umfassenden Frist, deren Ende auf einen solchen hinauskommt, dessen voller Ablauf gehört [8], die Schuld fällig, während die Obligation übrigens bis dahin bereits von ihrer Entstehung an wirklich besteht [9] (*cessit dies*, *sed nondum venit*), und Voraussetzung anderer obligatorischer Verhältnisse, gleich schon fälligen Forderungen, werden kann; namentlich können accessorische Obligationen an sie geknüpft (s. §. 84. II.), modifizirende Beabredungen darüber gepflogen, sie kann novirt, und Zahlung darauf geleistet, und diese nicht zurückgefordert werden [10]. Auch kann unter Umständen die Bestellung einer Sicherheit für die künftige Erfüllung gefordert werden [11]. Ob die Zeitbestimmung einen Zeitpunkt der Leistung selbst festsetzt, oder eine Frist, bis wohin sie geschehen sein muss, darauf kommt hierbei nichts weiter an [12]. Zeitbestimmungen, welche aus ihrer Fassung nicht

[3] Fr. 21. §. 12. *de Recept.* (*modicum tempus*), dieses ist in fr. 21. §. 1. *de Pecun. const.* auf 10 Tage bestimmt, was mit Recht auf das *constitutum* beschränkt wird, s. die bei Wening §. 200 (p) Gen. und Wolff Mora S. 13.) fr. 23. in f. *de O. et A.* fr. 105. *de Solut.* fr. 137. §. 4. *de V. O.* fr. 186. *de R. J.* §. 27. *I. de Inutil. stipul.* Die Anwendung im Einzelfall unterliegt der richterlichen Beurtheilung; fr. 137. §. 2. 3. *de V. O.* fr. 5. §. 1. *de Collat. bonor.* — Die besondere Bestimmung der Nov. CXV. c. 5. 1., wonach Niemand bei einem eingetretenen Todesfall in seiner Familie vor Ablauf der neuntägigen Trauerzeit verklagt werden soll, auch kein Bürge, ist mit dieser Frist der Trauer für antiquirt zu erachten. Buchholtz a. a. O. S. 294. (s. vor. §. Anm. 7) leugnet die Existenz einer solchen Trauerzeit; es heisse nur *lugere videntur*; aber das: *nulli esse licentiam — conveniendi*, wird doch unter Bezug darauf, oder in Verbindung damit zu erklären sein, und so scheint mir hier allerdings einer Volkssitte eine Wirkung beigelegt zu sein, die uns fremd ist.

[4] Fr. 41. §. 1. fr. 60. 73. pr. *de V. O.* fr. 2. §. 6. *de Eo quod certo l.*

[5] Fr. 73. pr. *d.* fr. 14. 98. §. 1. 137. §. 3. 4. fr. 138. pr. *eod.*

[6] Fr. 73. pr. *d.*

[7] Fr. 2. §. 6. *de Eo quod certo l.*, s. §. 83. 2) [13]. Hierher gehört auch fr. 46. §. 1. *de V. O.*

[8] Fr. 42. *de V. O.* §. 2. *I. ej. tit.* §. 26. *I. de Inutil. stipul.* fr. 50. *de O. et A.* fr. 186. *de R. J.* Vergl. Anm. [12]. Die Bestimmung des fr. 118. §. 1. *de V. O.* ist nicht als eine Befristung zu verstehen, so dass der volle Ablauf des Tags (*hodie*) abzuwarten wäre.

[9] §. 2. *I. d.* fr. 213. *de V. S.* vergl. Bd. I. S. 178.

[10] C. 10. 17. *de Cond. indeb.* Es wird öfters angenommen, dass deshalb eine *obl. in diem* eine *naturalis* sei, z. B. Fritz S. 8., welcher sogar irrig die einzige Wirkung der *obl. in diem* in der Versagung der *cond. indeb.* findet, allein die ganze Anschauung lässt sich als römisch nicht rechtfertigen, s. Unterholzner a. a. O. S. 227 q), vielmehr folgt diese Bestimmung aus dem Satz bei Anm. [17], indem der Schuldner mit sich selbst in Widerspruch gerathen würde, wenn er das vor der Zeit Geleistete zurückfordern wollte. — Die römischen Bezeichnungsweisen für Obl. dieser Art sind sehr mannigfaltig, s. z. B. fr. 46. *de V. O.* §. 2. *I. ej. tit.* (*praesens obl. in diem dilata solutio,*) fr. 9. pr. *de R. C.* fr. 14. *de R. J.* fr. 41. §. 1. *de V. O.* (*praesens non est,*) fr. 44. §. 1. *de O. et A.* (*ex die incipit*), fr. 89. *de V. O.* (*futura obl.*).

[11] Fr. 41. *de Judic.* fr. 38. pr. *Pro socio.* — Unterholzner Bd. I. S. 352. I. will eine Klage: auf Feststellung des Betrags für den eintretenden Fall zulassen, auch bevor noch die Forderung fällig ist; für das praktische Recht muss ich dem ganz bestimmt widersprechen, aber auch aus *Gai.* IV. 44. scheint ein solcher allgemeiner Schluss nicht begründet zu sein.

[12] Wenn die Erfüllung ihrer Natur nach einen längeren Zeitraum erfordert, oder ein solcher dafür gesetzt ist, so kann die Frage entstehen, ob die Forderung erst mit dessen Ablauf dafür fällig wird, oder schon früher, nämlich

mit Sicherheit erkennbar sind, werden nach den gewöhnlichen Regeln der

nach Beginn des Verlaufs der Frist, wenn der Schuldner zur Erfüllung keine Anstalt macht, und dies nöthig ist, oder zu sein scheint, wenn sie überhaupt noch möglich sein soll. Folgende Stellen sagen, dass die Erfüllung erst mit Ablauf der Frist klagbar werde, und dass es also genüge, wenn ein *opus* dann nur wirklich fertig ist, und dass auch selbst, wenn sich absehen lässt, dass die Erfüllung unmöglich sein werde, nicht vorher geklagt werden kann: fr. 10. 14. 98. §. 1. fr. 124. *de V. O.* Damit steht nun fr. 72. §. 2. *eod.* (von Ulpian) in Widerspruch, indem es die Klage schon vor Ablauf der Zeit, welche zum Bau eines Hauses erforderlich ist, sobald nur *mora faciendae insulae* eingetreten, für begründet hält; auch scheint fr. 137. §. 3. *eod.* jene Stelle zu unterstützen, oder mit beiden Meinungen in Konflikt zu stehen, indem danach, wenn der Bau nicht zeitig begonnen worden, *id tantum aestimetur, quod in illo intervallo effici potuit, transactoque tempore, quo insulam consummare oportuerit, si postea aedificetur, liberetur reus. Cujac. Op.* T. I. p. 1171. (coll. T. IV. p. 1461.) erklärt die Widersprüche von einem Dissensus der beiden Schulen unter den röm. R.-Gelehrten, der in fr. 138. pr. *de V. O.* über eine verwandte Frage bezeugt wird, (vergl. auch Wolff Mora S. 12 [3]), und es scheint in der That kaum ein anderer Ausweg zu sein. Dass die Sache ihre grossen Schwierigkeiten habe, wird die Berücksichtigung der hier möglichen so mannigfaltigen Verschiedenheit der Umstände ergeben. Bleiben wir bei der Aufführung eines Gebäudes als Beispiel stehen, und dass dazu, um es fertig und brauchbar herzustellen, zwei Jahre erforderlich sind. Mag nun dies ausdrücklich bevorwortet sein, oder sich stillschweigend von selbst verstehen, so ist freilich so viel klar, dass, wegen der Nichterfüllung erst nach dieser Zeit geklagt werden kann, weil es dann erst wahr ist, dass nicht rechtzeitig erfüllt sei. Denn nun tritt die Rechtsverletzung erst ein. Daneben ist nun ebenso wenig zu leugnen, dass, wenn der Verpflichtete nicht zum Werk schreitet, sich schon bei guter Zeit übersehen lässt, dass die Erfüllung unmöglich sein werde, die Rechtsverletzung also unvermeidlich bevorstehe. Ausserdem kann es aber auch den Umständen nach zweifelhaft sein, ob der Verpflichtete wirklich fertig werden werde, indem es sich mit Aufwand ungewöhnlicher Mittel vielleicht noch erzwingen lässt. Endlich aber kann unter solchen Umständen der Berechtigte das grösste Interesse haben, bei Zeiten zu erfahren, woran er sei, ob das Werk wirklich noch zur Ausführung kommen werde oder nicht, und ihm dann nur übrig bleibe, einen vielleicht nicht zu erlangenden Schadensersatz zu fordern, oder noch schleunig andere Maasregeln zur Abwendung von grossen Nachtheilen zu ergreifen; auch kann es ja sein, dass der Verpflichtete die ganze Obligation leugnet. Eine Verschiedenheit der Ansichten ist hiernach erklärlich genug. Dass es möglich sei, durch bestimmte spezielle Beabredungen, solchen Eventualitäten zuvorzukommen, mag zugegeben werden, doch gereicht es Niemandem zum Vorwurf, wenn er sich einfach bei der Zusage oder der sich von selbst verstehenden Obliegenheit des Verpflichteten, zur rechten Zeit zu erfüllen, begnügt hat. Da nun des Gläubigers Interesse, wenn die Erfüllung nicht rechtzeitig geschieht, sobald ihm die spätere nicht nichts verschlägt, möglicher Weise darin besteht, von der Obl. zurückzutreten und nach Umständen daneben eine Entschädigung zu fordern (s. §. 93. Anm. [12]), so scheint unbedenklich dasselbe als statthaft zugegeben werden zu müssen, sobald schon vorher die Unmöglichkeit der Erfüllung ausser Zweifel tritt. Wenn nun zwar in Stellen, wie fr. 8. und 10. *de V. O.* kein Gegenargument gefunden werden kann, weil danach eine in sofern bedingte Geldzahlung, dass die *in conditione* stehende an einen Termin geknüpfte Handlung schon vor demselben sich als unmöglich feststellt, immer noch den Termin im Interesse des Schuldners aufrecht erhält, so dass er nicht früher zu zahlen braucht, so ist doch nach m. E. über fr. 124. *d.*, welches die Statthaftigkeit der Klage auch bei der schon bestimmt vorauszusehenden Unmöglichkeit ausdrücklich verneint, nicht hinwegzukommen, und daher muss ich ebenfalls fr. 72. §. 2. *d.* neben den anderen für unanwendbar halten. Unterholzner Bd. I. S. 227. bei *p*) sucht dadurch Vereinigung herzustellen, dass er nach dieser Stelle einen Anspruch, welcher nur die Vollziehung der Leistung selbst bezwecke, für zulässig hält, sobald nur der Vorwurf einer Zögerung begründet sei. Ich halte aber die Unterscheidung zu diesem Ausweg für erkünstelt, und die Verneinung des fr. 124. *d.* für absolut und auch dies umfassend. — Das fr. 137. §. 3. *d.* ist aber zu unklar über den darin vorausgesetzten Fall; auch seine Schlussworte können keineswegs unbedingt und unbeschränkt verstan-

Auslegung beurtheilt[13]; ist namentlich ein wiederkehrender Kalendertag ohne Zufügung des Jahrs bestimmt, so ist der nächstbevorstehende zu verstehen[14]; ist ein unbestimmter Zeitraum genannt, z. B. „einige" Tage, Wochen, Jahre, so sind deren zwei zu verstehen[15]. Ist die Zeit in die Willkühr des Gläubigers oder des Schuldners gesetzt, so bedarf es einer Aeusserung darüber; für den ersteren ist es also dann ähnlich, wie wenn eine Zeit überhaupt nicht bestimmt worden wäre, für den zweiten hingegen besteht die Befugniss der Zurückhaltung der Leistung so lange er lebt, wenn er sich aber dazu nicht früher erklärt, so erlischt die ganze Obligation mit seinem Tod[16]. Begreift die Zeitbestimmung zugleich eine Bedingung in sich (s. §. 21. z. A.), so tritt erst mit dieser die Obligation selbst wirklich ein, ist aber auch sofort fällig. — Wenn zur Erfüllung eine Zeit bestimmt worden, so ist diese im Zweifel als zum Vortheil des Schuldners beigefügt zu erachten, weil er durch die längere Zurückhaltung der Mittel der Erfüllung Vortheil hat; während nun die Schuld von ihm nicht vor der Zeit gefordert werden kann, kann der Gläubiger die Annahme nicht verweigern, wenn die Erfüllung früher angeboten wird[17]; allerdings aber ist auch möglich, dass der Aufschub im Interesse des letzteren, oder in dem beider Theile geschehen ist, und dann kann auch der Gläubiger nicht zur Annahme vor der Zeit genöthigt werden[18]. — Nach Ablauf der Zeit der Erfüllung kann der Gläubiger dieselbe immer noch fordern, so lange das Recht noch nicht verjährt (s. §. 31.), oder sonst erloschen ist; der Schuldner kann ebenfalls nachträglich die schuldige Handlung leisten[19], sobald nicht eine Modifikation der Obligation durch die Verzögerung eingetreten ist (s. §. 93.). — Ist dagegen eine Klage zu früh erhoben worden, so wird sie zur Zeit, also vorläufig, zurückgewiesen, ohne dass aber den Gläubiger weiter ein Nachtheil, als der Ersatz der Prozesskosten trifft.

Die Verzögerung der Erfüllung nach Verfall der Forderung kann und wird in der Regel darum nachtheilige Folgen für den Gläubiger haben, weil ihm ein Mittel zu seinen rechtlichen Zwecken fehlt, wodurch dann das Verhältniss zum Schuldner selbst eine Modifikation erleidet (s. §. 93.), während der letztere in der Regel daraus einen Vortheil zieht, weil er jenes widerrechtlich zu seiner Verfügung behält.

den werden. Die bestimmt redenden Stellen werden dadurch eigentlich gar nicht berührt; es lässt sich danach etwa der Fall als verstanden denken, dass, wenn ein *opus* nicht zur rechten Zeit begonnen worden, schon der Zeit nach ein theilweises Interesse verfallen sei.

[13] Fr. 41. pr. *d.*

[14] Fr. 41. pr. *d.* von anderen, z. B. Wochentagen (am Sonntag) würde analog dasselbe anzunehmen sein; s. §. 2. *eod.*

[15] Fr. 17. §. 3. *de Manumiss. tst.* fr. 217. §. 1. *de V. S.*

[16] Fr. 46. §. 2. *de V. O.* vergl. §. 21. Anm. [15] a. E. Bei Vermächtnissen gilt dagegen die Bestimmung, dass sie dann mit des Verpflichteten Tod fällig werden, und zwar natürlich darum, weil die Verpflichtung an sich aus dem Testament feststeht, s. fr. 11. §. 6. fr. 41. §. 13. *de Leg.* III. Irrig aber wird nun von Manchen die von Legaten geltende Bestimmung auf die Obl. ausgedehnt, s. Wening §. 200. n), welcher *Cujac. Op.* T. I. p. 1175. für sich anführt, während dieser gerade entgegengesetzter Meinung ist. Fr. 9. *Qui sine manumiss.* hingegen ist vom *favor libertatis* zu erklären, s. Unterholzner Bd. I. S. 227. m). Dieser findet nun in unserm Fall eine Bedingung — also eine solche, deren Erfüllung vom Schuldner abhängen würde, — indessen erklärt fr. 46. *d.* den eventuellen Wegfall der Erfüllung nicht von einer defizirenden *conditio*, sondern davon, dass die Oblig. selbst *inutilis* wird; die Erklärung des Willens ist also hier keine Bedingung, sondern eine Voraussetzung. Vergl. §. 20. Anm. [45] a. E.

[17] Fr. 38. §. 16. *de V. O.* fr. 41. §. 1. fr. 137. §. 2. *eod.* fr. 17. *de R. J.* fr. 50. *de O. et A.* fr. 70. *de Solut.*

[18] Fr. 17. *de R. J.* fr. 43. §. 2. *de Leg.* II. fr. 15. *de Annuis leg.*

[19] Fr. 137. §. 3. *de V. O.* fr. 84. *eod.*

Wenn nun umgekehrt der Schuldner eine Forderung vor ihrem Verfall abführt, welche, als Geldforderung vorausgesetzt, unverzinslich zu denken ist, oder zwar verzinslich, aber zu einem geringeren als dem gesetzlich erlaubten Zinsfuss, so wird dadurch dem Gläubiger ein Nutzen zu Theil, welcher dem Schuldner entgeht. Dieser Gewinn der Zwischenzeit (*interusurium*, *commodum repraesentationis*[20]) kann aber keineswegs willkührlich in Anschlag und in Abzug gebracht werden; für den Fall, dass der Zahlungstermin zu Gunsten des Gläubigers bestimmt war, versteht sich das natürlich von selbst; ist er aber auch zu Gunsten des Schuldners bestimmt, so wird mit dem ganzen Betrag der Schuld oder der früheren Leistung immer nur eine wirkliche Schuld abgeführt, und auch ein Irrthum über den Termin ändert hierin deshalb nichts[21], denn es steht ja in der Willkühr des Schuldners, sich des Vortheils der längeren Zurückhaltung der Leistung zu entäussern. Nur in zwei besonderen Fällen ist ein solcher Abzug rechtlich begründet: erstens, bei der Herausgabe von Mitgiftssachen nach Auflösung einer Ehe, worüber das Weitere dem Eherecht angehört[22]; zweitens, wenn Gläubiger eines Gemeinschuldners die einem Mitgläubiger vor der Zeit geleistete Zahlung, wodurch sie übervortheilt worden, mit der Paulianischen Klage anfechten[23]. Ausserdem kann die Forderung eines solchen Abzugs, wenn die Erfüllung vor der Verfallzeit angeboten und angenommen worden, nur durch Vertrag zwischen Gläubiger und Schuldner entstehen[24]. Von einem

[20] In den Quellen kommen folgende Ausdrücke vor: *commodum temporis*, fr. 24. §. 2. *Soluto matrim.*, *medii temporis interusurium*, fr. 9. §. 8. *de Peculio*, *m. t. commodum*, fr. 82. pr. *de Leg.* II., *intervalli temp. interusur.*, fr. 66. pr. *ad Leg. Falcid.*, *repraesentationis commod.*, fr. 1. §. 20. *eod.* fr. 1. §. 2. 12. fr. 2. *de Dote praeleg.* fr. 10. §. 12. *Quae in fraud.* Die Bedeutung dieser Ausdrücke, und namentlich von *interusur.* ist eine mehrfache; zwar treffen alle darin überein, dass sie den Genuss von dem Objekt einer Leistung vor deren Verfall bezeichnen, aber in verschiedenen Beziehungen, von denen mehrere hier nicht interessiren, nämlich nicht die, wenn nur in Frage steht, wem er zukomme, denn dann hat er nur die gewöhnliche Bedeutung des Gebrauchs und Früchtegenusses (s. die cit. zweite Stelle); ebenso nicht die des gezogenen Genusses des Objekts einer noch nicht fällig gewesenen Forderung, welcher mit dieser oder ohne sie, ganz oder zum Theil, weil die Befriedigung widerrechtlich zum Nachtheil eines Anderen geschah, zurückzugeben (s. die letzte Stelle), oder wegen einer nöthig werdenden ausgleichenden Berechnung auf der Grundlage eines gewissen Vermögensbestands zu einer bestimmten Zeit wider oder für den Geniessenden in Anschlag zu bringen ist; (s. fr. 88. §. 3. *ad Leg. Falcid.* und überh. Fritz S. 130.). Diesen gegenüber steht nun die Beziehung auf den jetzigen Werth einer erst künftig fälligen Forderung mit Zurechnung des Zwischengenusses des Objekts, welcher dann unter den Nennbetrag herabzusetzen ist, weil er mit dem Zwischengenuss jenen wieder erreicht. Die Anwendung dieser Beziehung geschieht einmal zu dem gleichen Zweck der vorher gedachten Berechnung, und diese kommt namentlich bei der Anwendung des Falcidischen Gesetzes vor; dabei handelt es sich dann nicht um einen wirklichen Abzug und eine Zurückerstattung, sondern nur um eine Berechnung, s. Fritz a. a. O.; sodann in der cit. ersten Stelle, rücksichtlich der Rückzahlung einer *dos* vor der Zeit, wo es auf einen Abzug hinaus kommt; endlich in fr. 10. §. 12. (fr. 17. §. 2.). *Quae in fraud.*, auf Vorauszahlung einer Forderung *in diem* als Folge der *a. Pauliana* (s. dazu Fritz a. a. O. Anm. 474.), also eigentlich als eine spezielle Gestaltung des Interesses. Doch ist hiermit die Zahl der Fälle, in welchen eine solche Berechnung nöthig werden kann, nicht geschlossen; vergl. Vangerow a. a. O. S. 189. — Hieraus erhellt, dass der im Text berührte Fall des *commod. repraes.* nur in den beiden letzten Anwendungen vorkommt, also nicht ganz rein, nichts desto weniger aber wird der Begriff auch auf den einfachen und gewöhnlichen Fall der früheren Zahlung, auf eine *obl. in diem* mit Recht übertragen. Vergl. jetzt Oettinger im Archiv Bd. 29. S. 33 ff.

[21] Fr. 10. *de Condict. indeb.*

[22] Fr. 24. §. 2. *Soluto matrim.*, eine Analogie hiervon wird sich nicht leicht denken lassen.

[23] Fr. 10. §. 12. *Quae in fraud.* s. Anm. [20] a. E.

[24] Nicht selten findet man die Darstellung

solchen hängt auch zunächst die Grösse seines Betrags ab. Wäre darüber unmittelbar nichts bestimmt worden, so würde es vor Allem darauf ankommen, welchen Begriff die Betheiligten aufgestellt, oder mit dem gebrauchten Ausdruck (Interusurium oder ähnliche) verbunden haben. Hier ist zu unterscheiden zwischen den Obligationen, deren Gegenstand der Begriff der Zinsen (s. §. 87. z. A.) zulässt und solchen, wo er ausgeschlossen ist. Bei den ersteren kann als Genuss der Zwischenzeit nur der Zinsertrag gemeint sein, für welchen die Bestimmungen über den gesetzlichen Zinsfuss und die anderweiten Zinsbeschränkungen maasgebend sind, welche der Abzug also nicht übersteigen darf, denn das Abkommen ist hier selbst ein Zinsvertrag und kann nichts anderes sein. Dasselbe gilt auch für die beiden vorher erwähnten besonderen Fälle. Bei den Obligationen der anderen gedachten Art hingegen kann, wenn das Uebereinkommen den Genuss der Zwischenzeit betrifft, nur der Ertrag ertragsfähiger Sachen und derjenige Vortheil gemeint sein, welcher durch die frühere Erfüllung dem Schuldner entgeht, weil er ihm zu Theil geworden sein würde, und dem Gläubiger nun anheimfällt; den Umfang desselben zu bestimmen, ist ebenfalls Sache der Auslegung, im Zweifel würde der weiteste zu verstehen sein [25].

der Lehre vom Interus. so, als wenn der Schuldner bei jeder früheren Zahlung zu einem solchen Abzug berechtigt sei; selbst Puchta §. 241. nimmt dies noch blos mit der näheren Bestimmung an, wenn er eine unverzinsliche Schuld mit dem Willen des Gläubigers vor der Zeit zahle. Dieser Satz ist unerweislich; er könnte nur etwa auf den blos die Berechnung der Falcidischen Quart betreffenden Stellen, oder den in den beiden vor. Anm. citirten gegründet werden, welche letztere aber eine Ausdehnung nicht vertragen, während die ersteren einen eigenthümlichen Zweck haben, und dabei auch nicht einmal ein eigentliches Schuldverhältniss vorkommt, überhaupt aber alle einen wirklichen Anspruch des Schuldners auf den Abzug für den vorausgesetzten Fall gar nicht enthalten. (Vergl. auch Fritz S. 131. Vangerow a. a. O. S. 187.) — S. jetzt noch eine Entsch. des O.-A.-G. zu Lübeck in Thöl's Samml. Nr. 45.

[25] Ueber die Berechnung des Interus. bestehen die bekannten drei Methoden von *Carpzov* (*Decision.* P. III. d. 275.), *Leibnitz* (*Medit. jur. math. de Interus. in Actis eruditor.* 1683.) und *Hoffmann* (in *Polack's Mathes. forens.*). Der erstere geht zur Auffindung des gegenwärtigen Werths des Kapitals davon aus, dass er die Zinsen desselben aus der Zwischenzeit von seinem Nennbetrag abzieht; also wenn 100, die nach fünf Jahren zu zahlen wären, bei einem Zinsfuss von 5% jetzt gezahlt werden, so seien = 75 zu zahlen. Die beiden anderen haben zwar den gemeinschaftlichen Ausgangspunkt, diejenige geringere Summe suchen zu wollen, welche mit Zurechnung der Zinsen bis zum künftigen Zahlungstag des Kapitals dessen Betrag gleich komme, allein der letztere rechnet einfache Zinsen, der erstere auch Zinsen von Zinsen. Die Hoffmann'sche Methode ist nun allgemein für richtig anerkannt, s. bes. Schrader civil. Abh. II. 2) und Ferd. Zachariä über die Berechn. des Interus. Greifswald 1831. und Vangerow a. a. O. S. 186., denn die Leibnitz'sche ist, wenn sie auch nicht gegen die rechtlichen Zinsbeschränkungen des Anatocismus, wie ihr vorgeworfen worden, verstösst (s. Unterholzner Bd. I. S. 269. und Vangerow a. a. O. S. 185.), in ihren Voraussetzungen so gut wie ganz unpraktisch, obwohl mathematisch richtig. Oettinger a. a. O. hat sie deshalb von Neuem in Schutz genommen und die Hoffmann'sche verworfen; es mögte aber so viel unbestreitbar sein, dass die Römer bei ihrer Berechnung keine Idee von unserer höheren Arithmetik gehabt haben; und auf jene, nicht auf die, wenn auch nothwendigen Resultate dieser kommt es an. Allerdings ist die Abweichung zwischen allen dreien bei nicht zu langen Fristen nicht eben gross (vergl. Göschen Vorles. §. 420.), allein bei längeren, namentlich bis und über 20 Jahre führt die Carpzov'sche Methode *ad absurdum*, weil sich der Werth eines Kapitals bei 5% hier auf Null oder gar auf minus reduziren würde, was denn freilich nicht gemeint gewesen sein kann. Die Hoffmann'sche kommt nun m. a. W. darauf hinaus, dass der Gläubiger bei einer noch so langen Frist niemals nichts, sondern immer Etwas bekommen muss, und zwar so viel, als

II. Es giebt mehrere besondere Rechtsinstitute, welche den Zweck haben, das Andringen auf Erfüllung der fälligen Forderung vorläufig, und zwar auf unbestimmte Zeit, oder bis zum Eintritt eines gewissen Umstands abzuwenden, und dem Schuldner also das Recht gewähren, die fällige Erfüllung bis dahin zu verschieben. Sie treten meist unter den Begriff sogenannter Rechtswohlthaten. Manche von ihnen finden ihren Ort besser in anderem Zusammenhang, so z. B. die der Theilung einer Schuld zwischen mehreren Schuldnern, deren jeder für das Ganze verpflichtet ist, und der Abtretung der Klagen gegen Mitschuldner im gleichen Fall, s. §. 89. C. a. E. Hier bleiben vier übrig, deren grösserem Theil das Motiv zu Grunde liegt, dem überschuldeten Schuldner eine gewisse Schonung angedeihen zu lassen, weil die Anwendung der Strenge des Rechts auf ihn als eine Härte erscheinen würde. Das gilt namentlich von den drei zunächst folgenden.

A. Der Schuldner kann nicht nur durch ein Uebereinkommen mit dem Gläubiger einen Aufschub der fälligen Forderung erlangen, sondern es kann auch auf zwiefache Weise eine Stundung der Art erzwungen werden. Es ist nämlich:

1) möglich, durch ein Gnadenreskript des Regenten, genannt Moratorium, Anstandsbrief, Indult, Quinquenell u. s. w., Stundung wider die ihre Ansprüche verfolgenden Gläubiger auf gewisse Zeit zu erlangen, wenn der Schuldner eine genügende Sicherheit für die Deckung der Forderungen bestellt[26], und wenn bescheinigt

auf Zinsen, welche als gesetzliche, oder zu 5% angenommen sind, angelegt, bis zum ursprünglich bestimmten Zahlungstermin den vollen Nennbetrag der Summe abwirft. Bei diesen Berechnungsweisen ist der Begriff des *interus.* nur so, wie er im Text vorkommt, vorausgesetzt. Soweit also darunter ein bereits gezogener Genuss verstanden wird (s. Anm.[20]), kann eine Berechnung der Art nicht vorkommen, sondern es ergreifen nur die Begriffe der Zinsen, Früchte, *percepti* und *percipiendi*, und des Interesses überhaupt Platz. Aber auch in jener Beziehung fehlt es an einer positiven Grundlage einer solchen Berechnung durchaus, und sie kann nur aus allgemeinen Principien gezogen werden, ja, nach fr. 88. §. 3. und fr. 3. §. 2. *ad Leg. Falcid.* scheinen darüber schon unter den römischen Juristen verschiedene Ansichten geherrscht zu haben. Vergl. Vangerow S. 186. Unleugbar ist die Hoffmann'sche Methode mit den Regeln von der Verzinsung in voller Uebereinstimmung und auch den hier einschlagenden Begriffen ganz entsprechend. Zwar kommen diese auf den einfachen Fall der Vorauszahlung einer Schuld *in diem* bezogen nicht vor, s. Anm. [20] a. E., indessen tritt das Wesentliche dabei, wie Niemand leugnet, ein; für die beiden speziellen, in den Quellen erwähnten Fälle (bei Anm. [22] und [23]) ist dabei auch kein Rechnungsmaasstab angegeben, unbedenklich aber auf sie der gedachte anzuwenden. Vergl. Fritz S. 134 f. — Alles Bisherige gilt nun nur von Obl. fungibler Sachen; dass es jedoch auch auf die Berechnung der Falcidischen Quart, soweit dabei Legate in solchen Sachen vorkommen, anwendbar sei, unterliegt eben so wenig einem Bedenken. Bei Obl. anderer Gegenstände hingegen fehlen die Voraussetzungen zu solchen Berechnungen ganz und gar, und es kann daher der Genuss der Zwischenzeit nur nach seinem effektiven Betrag veranschlagt werden. Daher greifen denn hier auch den Zinsverboten analoge Beschränkungen in Anwendung auf die Uebereinkunft der Betheiligten nicht Platz. Dass aber in Ermangelung eines solchen nur der wirklich bezogene Ertrag und Genuss, nicht der mögliche und vernachlässigte in Anschlag kommen könne, folgt daraus, dass es an einem obligatorischen Grunde für den Gläubiger, sich diesen letzteren anrechnen zu lassen, fehlt.

[26] C. 4. *de Precib. imperat.* Diese stellt allein obiges Erforderniss auf. Unterholzner Bd. I. S. 371. bezweifelt zwar sogar, ob nicht diese Stelle auf eine Konvention der Gläubiger Bezug habe, und ob ihr nicht eine allgemeinere Bedeutung zu versagen sei, indessen fehlt es doch dazu an Grund, und das nachher citirte Reichsgutachten fasst sie auch allgemein auf. S. auch noch Fritz S. 441. Vergl. Bayer Konkursproz. §. 36. [2]; sie wird aber von den Konkursprozesslehrern für unpraktisch gehalten, s. dens. S. 112. und die dort Anm. 9. Gen., und andere Sicherungsmaasregeln an deren Stelle vorgeschlagen, s. nachher im Text.

wird, dass der Vermögensverfall ohne Schuld des Schuldners eingetreten sei, und sich die zuständige Obrigkeit nach Vernehmung der Interessenten über die Lage der Sache gutachtlich und beifällig ausgesprochen hat[27]. Es ist dabei vorausgesetzt, dass durch eine solche Maasregel der Schuldner dem sonst unvermeidlichen Ruin entgehen, und die Gläubiger dennoch mit der Zeit und wenn er sich erholt hat, zu ihrer Befriedigung gelangen werden. Der Grund, die Gnade des Regenten, entzieht diesem Institut einen eigentlich rechtlichen Charakter und ist auch zugleich die Veranlassung gewesen, dass sich dieser, soweit er anzuerkennen ist, in der Anwendung nicht zur vollen Bestimmtheit und Uebereinstimmung hat herausbilden können; dazu kommt, dass die Verleihung der Moratorien in mehreren grösseren deutschen Ländern gemeinen Rechtens aufgehoben worden sind[28]. Soweit sie noch praktisch sind, werden sie gewöhnlich auf fünf Jahre verliehen (daher der Name *litterae quinquennales*), und ihre Wirkung muss nothwendig in der Abwendung der Folgen der Nichterfüllung und des Verzugs bestehen[29]. Uebrigens kann die Verleihung eines Moratorii nur als eine persönliche betrachtet werden, welche also mit dem Tod des Schuldners erlischt und nicht auf seine Erben übergeht. Anstatt der häufig unmöglichen Sicherheitsbestellung pflegen auch andere Maasregeln getroffen zu werden, wie z. B. eine Verwaltung des schuldnerischen Vermögens durch Dritte, oder eine Theilnahme der Gläubiger daran. Gläubiger, welche erst nach Ertheilung des Moratorii mit dem Schuldner kontrahiren, werden dadurch ebenfalls gebunden, wenn den früheren keine Sicherheit bestellt worden ist, denn sonst würden diese offenbar gefährdet; entgegengesetzten Falls aber nicht, weil eine solche Bestellung für die letzteren als eine Voraussetzung erscheint, welche für jene nicht zutrifft[30]. —

2) Wenn ein Schuldner mehrere Gläubiger hat, und seine augenblickliche

[27] Diese Vorschriften sind in der R. P. O. von 1577 Tit. 23. §. 4. enthalten, und zwar nur in Bezug auf verdorbene Kaufleute, und in dem Reichsgutachten vom 22/12 Jun. 1669, nach manchen früheren Verhandlungen (welche auch nur Kaufleute und Handel betreffen) über gänzliche Aufhebung der Moratorien, noch etwas näher erläutert; indessen nimmt letzteres auch wieder auf das gemeine Recht Bezug. Nun sind zwar die Zweifel, welche über die Wirksamkeit landesherrlicher Moratorien gegenüber den kaiserlichen früher bestanden, seit Aufhebung des Reichs und Erlangung der Souveränität der Landesherren geschwunden, dagegen aber die Wirksamkeit derselben wiederum auf die Grenzen der jetzigen einzelnen deutschen Länder beschränkt.

[28] Z. B. in Sachsen, Kurhessen, Braunschweig. Vergl. überhaupt Mittermaier im Archiv Bd. XVI. S. 450 ff.

[29] Modifikationen können durch den Inhalt des Reskripts eintreten; gegen manche Ansprüche werden Moratorien oft nicht zugelassen, s. Dabelow Konkurs, S. 501 f. Schweppe Konkurspr. §. 15. Das ganze Institut schwankt in Ungewissheit hin und her, und für seine Anwendbarkeit muss durchaus auf partikularr. Gesetze und Gebrauch verwiesen werden. Der Streit (s. Glück Bd. XXI. und die dort Gen.), ob der Zinslauf durch ein Morator. gehemmt werde, wird, wie mir scheint, am richtigsten durch die Unterscheidung der besonders versprochenen und der Verzugszinsen beantwortet; nur letztere, nicht erstere werden dadurch sistirt; Glück's Grund, dass, da ein Morat. Rechte nicht aufheben solle und könne, auch Verzugszinsen nach einmal begonnenem Verzug fortlaufen müssen, mögte dadurch aufgewogen werden, dass hier ein Recht nicht aufgehoben wird, da kein besonderes auf sie besteht, sondern dass nur die Wirksamkeit ihres Grunds sistirt wird; ist nun die Wirkung freilich dieselbe, wie wenn jenes geschähe, so lässt sich doch immer nicht behaupten, dass dem Gläubiger ein Recht entzogen werde, sondern es wird nur dessen Geltendmachung suspendirt, und damit fällt die Möglichkeit, für die Zeit der Suspension Zinsen zu fordern, nothwendig weg, die einen anderen Rechtsgrund als diesen gar nicht haben.

[30] Vergl. Puchta §. 242. a. E. Unterholzner a. a. O. S. 372. g).

Zahlungsunfähigkeit feststeht, jedoch noch nicht Konkurs über sein Vermögen ausgebrochen ist, und es ihm gelingt, den- oder diejenigen, welche die grössere Hälfte der Gesammtschuldmasse zu fordern haben, durch Vertrag zu einer Stundung zu bewegen, so sind die übrigen Gläubiger dadurch mitgebunden, jedoch nur auf fünf Jahre. Ist die Summe auf beiden Seiten der dissentirenden Gläubiger gleich gross, so entscheidet die Mehrzahl derselben, und wenn auch eine solche nicht besteht, die dem Schuldner günstigere Meinung [31]. Auch dieser Maasregel liegt derselbe Gedanke wie der vorigen zu Grunde, nämlich dass, wenn dem Schuldner Zeit gelassen wird, er seine Angelegenheiten wieder in Ordnung zu bringen und seinen Gläubigern vollkommen gerecht zu werden vermögen werde.

B. Wenn der Schuldner ohne seine Schuld zahlungsunfähig geworden ist [32], so kann er durch Abtretung seines gesammten Vermögens an seine Gläubiger (*cessio bonorum*) [33], um sich daraus selbst zu befriedigen, die weitere Verfolgung und Vollstreckung ihrer Forderungen abwenden, sei es, dass die aller für jetzt nur zum Theil befriedigt werden, oder wegen der rechtlichen Bevorzugung einzelner die

[31] Die c. 8. *Qui bon. ced.* enthält eigentlich den Satz von der Verpflichtung der nicht einwilligenden Gläub. zum Beschluss der Mehrzahl in der Alternative, entweder die *cessio bonor.* anzunehmen, oder eine fünfjährige Frist zu gewähren; und zwar sollen Pfandgläubiger vor anderen hierbei nicht bevorzugt sein, sondern alle einander gleichstehen. Man hat aber diese Nothwendigkeit bisher immer auch so aufgefasst, wenn der Schuldner nur auf irgend eine Weise, also durch Uebereinkommen die Mehrzahl der Gläubiger zu einem Stundungsvertrag bewogen hat, um dadurch der Konkurseröffnung zu entgehen. Es lassen sich dafür auch gute Gründe aus den vermuthlichen Motiven der gedachten Alternative selbst anführen, s. Bayer a. a. O. S. 114. Ob sich der Schuldner mit einem desfallsigen Gesuch an den Kaiser zu wenden habe, um durch diesen den übrigen Gläubigern die Alternative stellen zu lassen, ist aus der Stelle nicht ganz klar zu ersehen. So, wie sich die Anwendung derselben in der Praxis von je her gemacht hat, ist m. W. niemals für nöthig befunden worden, den Regenten hierbei anzugehen, und durch ihn die Nothwendigkeit aussprechen zu lassen, sondern es ist dies lediglich Sache richterlicher Entscheidung, welche im Weg der Exception gegen etwa erhobene Klagen anderer Gläubiger oder deren Antrag auf Konkurseröffnung erwirkt wird, s. §. 10. *I. de Except.* — Ueber die z. A. der Nr. im Text aufgestellten Erfordernisse s. Bayer S. 115. und die dort Gen.

[32] S. folg. Anm.

[33] Die *cessio bonor.* hatte ursprünglich den Zweck, die harten, die persönliche Freiheit und Rechtsfähigkeit der Schuldner bedrohenden Folgen der *missio in bona* abzuwenden, c. 11. *Ex quib. causs. infamia*, *c. ult. init. Qui bonis cedere*, vergl. Bayer a. a. O. S. 29 ff. 49 ff. In geringerem Grad treten solche nach den auf Ueberschuldung und Banqueroute bezüglichen deutschen reichsgesetzlichen Vorschriften ein, R. P. O. von 1548 Tit. 22. und von 1577 Tit. 23. Contin. des R. A. Entw. vom 17/7. Febr. 1671 nr. 10., nämlich nur wider betrügerische und leichtsinnige Schuldner und in Folge einer förmlichen Kriminaluntersuchung, während die durch Unglücksfälle insolvent gewordenen Schuldner gar keine nachtheiligen Folgen zu fürchten haben; dagegen ist diesen letzteren auch nur die Rechtswohlthat der Güterabtretung verheissen; nach R. R. kam nur eine beschränkte Unterscheidung der Art vor, welche nicht in's justin. R. Eingang gefunden hat, s. c. 1. C. Theod. IV. 20., welche aber doch vielleicht stillschweigend als anerkannt zu betrachten ist. Dagegen ist nun freilich, soweit nicht partikulare Vorschriften sie bestätigen, in der Praxis über die Anwendung der nachtheiligen Folgen oft hinweggesehen worden, so dass hierin das *benef. cession. bonor.* an Bedeutung verloren hat. Nichts destoweniger ist es für vollkommen praktisch zu halten und zwar vorzüglich wegen des *benef. compet.* Das geltende Recht ist nun aus einer Kombination des R. R. mit den reichsgesetzlichen Vorschriften zu schöpfen. — Darüber, dass er sein gesammtes Vermögen angegeben habe, kann der Schuldner zu einem Manifestat.-Eid genöthigt werden. Schon die nichtglossirte Nov. 135. verordnet etwas der Art. Im geltenden Recht ist der Eid ein Produkt von Analogien und der Praxis.

übrigen leer ausgehen. Allerdings verbietet sich in Ermangelung weiterer Hülfsgegenstände die vollständige Befriedigung der sämmtlichen Schulden von selbst, indessen wendet diese Rechtswohlthat vom Schuldner nicht nur die kriminelle Strafe[34] betrügerischen und leichtsinnigen Schuldenmachens ab, sondern er kann nun für's erste und bis er wieder zu Vermögen kommt, nicht belangt werden[35], und auch wenn dies wieder möglich geworden[36], gewährt sie noch einen Anspruch auf die fernere Rechtswohlthat der Kompetenz[37], s. C. Durch eine Abtretung der Art geht aber nicht etwa das Eigenthum und die Forderungen der abgetretenen Vermögensmasse auf die Gläubiger wie auf Käufer und Cessionarien über, so dass sie sich darin theilen könnten[38], sondern es wird entweder aus freier Hand, oder im Weg des Konkursverfahrens die Befriedigung der Gläubiger durch Versilberung verwirklicht, soweit sie reicht[39], denn sonst würde nicht blos ein Aufschub der ungetilgt gebliebenen Rester und Forderungen herbeigeführt[40], sondern diese durch eine Kompensation aufgehoben werden. Eine Abtretung der Güter ist zwar durch einfache Erklärung gegen die Gläubiger möglich[41], in der Regel aber wird sie, namentlich wenn Konkurseröffnung droht, gegen das Konkursgericht geschehen, und zur Befriedigung der Gläubiger das gewöhnliche Konkursverfahren nachfolgen. Sie ist nicht als ein Mittel zu betrachten, um die Klagen abzuwenden, so lange die Forderungen nicht von Seiten des Schuldners anerkannt sind oder feststehen[42], und daher kann auf die Güterabtretung kein Anspruch erhoben werden, um der Einlassung auf eine Klage zu entgehen, deren Grund der Schuldner nicht einräumt[43]. Treffen aber diese Voraussetzungen zu, so kann sowohl den Anträgen der Gläubiger, welche schon vor der Abtretung solche erhoben, als derer, welche dieselbe nicht veranlasst haben, und erst später ihre Forderungen geltend machen[44], der Bezug darauf in der Form der Exception, wenn es nöthig werden und nicht schon die Eröffnung des Konkurses den Schuldner denselben überhoben haben sollte, entgegengesetzt werden[45]. Diejenigen Gläubiger, welche dem Schuldner erst nach geschehener Güterabtretung kreditirt haben, werden durch deren Wirkungen nicht berührt[46]. Uebrigens ist auch diese Rechtswohlthat eine rein persönliche für den Schuldner[47].

C. Ein eigenthümliches Mittel, die Erfüllung der Forderung ganz oder zum Theil für jetzt und bis auf Weiteres auszusetzen, ist die sog. Rechtswohlthat der Kompetenz, welche gewissen hierin bevorrechteten Personen entweder allgemein oder in gewissen Verhältnissen zusteht[48]. Sie hat nämlich die Wirkung, dass der

[34] S. den cit. R. A. Entw. Art. „Drittens." Vgl. dens. bei „erstlich." Für das R. R. vgl. c. 1. 4. *Qui bonis cedere.*

[35] Fr. 17. pr. *de Receptis.*, fr. 4. pr. *de Cess. bonor.*

[36] Fr. 4. *d.* Ueber das *ad meliorem fortunam venire* s. Entsch. des O.-A.-Gerichts zu München. Bl. f. Rechtsanwend. 1854. S. 173 f.

[37] Vergl. fr. 6. 7. *eod.;* c. 7. in f. *eod.* es hängt dies vom richterlichen Ermessen ab.

[38] C. 4. *eod.* fr. 3. 5. *eod.* c. 2. *eod.* welche drei letzteren übrigens etwa von einer Restitution gegen die Anerkennung der Schulden zu verstehen sind.

[39] C. 4. *eod.*

[40] C. 1. *eod.*

[41] Fr. ult. *de Cess. bonor.* c. 2. 6. *eod.*

[42] Fr. 8. *eod.*

[43] Fr. 8. *d.*

[44] Fr. 4. §. 1. *eod.*

[45] §. 4. *I. de Replic.* c. 3. *de Bonis auct. jud. poss.*

[46] C. 3. *d.*

[47] §. 4. *I. d.*

[48] Ueber die Natur des *benef. compet.* war die ältere Doktrin dahin einig, dass der Schuldner, welcher darauf Anspruch habe, verlangen dürfe, dass ihm bei der Hülfsvollstreckung von seinem Vermögen so viel gelassen werden müsse, als zu seiner Subsistenz hinreiche, und dass er sich noch in der Exekutionsinstanz darauf berufen dürfe, dass also die Forderung dadurch nicht

Schuldner, wider den eine Forderung eingeklagt ist, zwar in die Erfüllung verurtheilt wird, jedoch mit der Beschränkung, dass die Hülfsvollstreckung in sein Vermögen nur soweit geschehe, dass ihm davon die zu seinem und der Seinigen Unter-

aufgehoben werde, sondern nur nicht völlig oder gar nicht realisirt werden könne; sobald daher der Schuldner wieder in bessere Umstände komme, stehe der Klage kein Hinderniss entgegen. Es sei also darin eine dilatorische Einrede enthalten. S. bes. Francke im Archiv Bd. XXIII. S. 388 ff. Zuerst findet sich bei Schömann Handbuch des Civ.-R. Bd. II. S. 68. eine Abweichung hiervon, indem er nur gewissen Personen (Aeltern, Kindern, Schenkern u. *qui bonis cesserunt,*) das *benef.* in diesem Umfang zusprach; alle übrigen würden ohne solchen Abzug auf den Belauf ihres Vermögens verurtheilt. Diese unterscheidende und theilende Ansicht ist neuerlich von Mehreren weiter geführt worden, und findet sich namentlich bei Vangerow Leitf. Bd. I. S. 212 ff. dahin ausgebildet, der Schuldner werde 1) in Folge vorzuschützender Exception nur *in id quod facere potest*, d. i. bis auf den gesammten Betrag seines Vermögens, kondemnirt, dadurch aber vom Rest seiner Schuld frei; 2) im Exekutionsverfahren habe er demnächst eine zweite Einrede, nämlich wegen der ihm zu lassenden Subsistenzmittel; was hierdurch der Gläubiger verliere, könne er später nachfordern, wenn der Schuldner wieder zu Vermögen gelangt sei. — Hiergegen s. bes. Francke a. a. O. S. 393 ff. Als richtig sind von den Resultaten der neueren Untersuchungen nur die historischen Bemerkungen anzuerkennen, dass das *benef. comp.* ursprünglich wohl nur den negativen Zweck hatte, dass die Verurtheilung des Schuldners nicht die Summe seines Vermögens übersteigen sollte, was wegen der Personalexekution schon ein grosser Vortheil war, und dass erst später die positive Erweiterung hinzukam, es solle dem Schuldner auch soviel davon gelassen werden, als er zu seinem nothdürftigen Unterhalt gebrauche. S. dens. S. 400 f. und Sintenis in d. Zeitschrift Bd. XV. S. 313. Auch das zwar leugnet Unterholzner a. a. O. S. 381 d), indessen kann dies auf sich beruhen, da der ganze Gegenstand ohne allen praktischen Werth ist; dagegen ist die wahre praktische Gestaltung und der Einfluss des *benef.* auf den Gang eines Prozesses wegen einer geklagten Forderung noch näher zu legen. Im R. R. ist es als *exceptio* charakterisirt, fr. 17. §. 1. 2. *Soluto matrim.* fr. 41. pr. *de Re jud.* fr. 7. pr. *de Except.* und zwar diese als *e. doli* zu verstehen, s. Sintenis a. a. O. S. 321 ff. Ob nun aber dieselbe als dilatorische oder peremtorische zu verstehen sei, darüber herrscht einige Meinungsverschiedenheit. Die, welche auch nur das Erstere annehmen, müssen dann für den älteren röm. Prozess, sobald sie zur Verhandlung gediehen, ihre Kraft als zerstörlich zugeben, und, da dies wegen der prozessualischen Konsumtion der Klage zu Ungerechtigkeiten führen würde, ein Hülfsmittel in der Kaution wegen einstiger Nachzahlung des Rests suchen, während diese von Anderen auch ohne jene nachgelassen, von noch Anderen dagegen auf gewisse Fälle beschränkt wird; s. dens. S. 323 ff. Dass die *exc.* von ganz eigenthümlicher Art gewesen sei, weil sie nämlich nicht in der gewöhnlichen Form der Formel inserirt, sondern die Beschränkung an die Kondemnation geknüpft wurde, darüber ist man einig. (S. auch Unterholzner a. a. O. S. 380 b). Ich habe nun a. a. O. S. 327 ff. zu beweisen versucht, 1) dass die Grundsätze von der Konsumtion der Klage bei Anwendung dieser *exc.* nicht Platz ergriffen haben; 2) dass mithin eine Kaution nicht nöthig, sondern die Nachforderung des Rests, sobald sich die Umstände des Schuldners gebessert, von selbst statthaft gewesen sei (S. 327 ff.); 3) dass die *exc.* weder dilatorisch noch peremtorisch, sondern nur die altrömische Formbenennung für ein Rechtsmoment gewesen sei, welches als Ursache von ebenso eigenthümlicher Natur ist, wie seine Wirkung (S. 330 ff.); 4) dass, weil das Unvermögen des Schuldners auch erst später eintreten könne, das *benef.* noch in der Exekutionsinstanz, für welche dasselbe wider die *a. judicati* anerkannt wird (fr. 33. pr. *de Donat.* fr. 41. §. 2. *de Re jud.* fr. 17. §. 2. *Soluto matr.*), wenn es überhaupt seinen Zweck erreichen solle, zugelassen werden musste (S. 333 ff.); 5) dass hiernach die Erhebung der Nachklage auf den Rest nur dann nöthig gewesen sei, wenn der Schuldner wirklich nur *in id quod facere potest* verurtheilt worden, nicht aber, wenn das *benef.* erst in der Exekut.-Instanz geltend gemacht wurde, indem es dann später nur einer Wiederaufnahme des Verfahrens bedurfte (s. bes. a. a. O. S. 337 f.). 6) Im heutigen Prozess kann nun dem *benef.* der Charakter einer verzögerlichen Einrede darum nicht beigelegt werden, weil

halt nothwendigen Mittel übrig gelassen werden[49]. Das Vermögen wird nach seinem dermaligen Betrag[50], jedoch ohne Abzug anderer Schulden berechnet[51]. Erst wenn er wieder in bessere Vermögensumstände gekommen, worüber, wie über den Umfang jener Mittel in Betracht der Umstände, das richterliche Ermessen sich auszusprechen hat, kann der ungetilgt gebliebene Rest nachgefordert werden[52]. Geltend gemacht wird diese Rechtswohlthat im Weg der Einrede, die jedoch, zumal die Umstände in thatsächlicher Hinsicht erst im Lauf des Prozesses die erforderliche Gestaltung annehmen können, nicht nur bis zum Urtheil, sondern auch noch nachher in dem Verfahren über die Hülfsvollstreckung, mit Erfolg vorgeschützt werden kann[53]. Der unbefriedigt gebliebene Rest, oder nach Umständen die ganze Summe kann mittelst Wiederaufnahme des Hülfsverfahrens bei veränderter Lage der Dinge nachgefordert werden[54]. Ist dagegen die Schuld bereits bezahlt, so findet keine Rückforderung Statt[55]; daher ist auch wider andererseits im Weg der Exception geltend gemachte Forderungen, also replikweise, die Rechtswohlthat nicht wirk-

diese die Abweisung der Klage zur Zeit herbeiführt; dieses aber ist namentlich, wenn es erst in der Exekut.-Instanz vorgeschützt wird, unmöglich. Es kann vermöge unserer prozessualischen Grundsätze, und da eine unzertrennliche Verhandlung über die geklagte gesammte Forderungssumme unumgänglich ist, vor dem Urtheil vorgeschützt, nur die Folge haben, dass diesem die Klausel beigefügt wird, „Klägers Forderung sei jedoch aus des Verklagten Vermögen für jetzt nur soweit zu realisiren, als u. s. w.," nachher aber nur die, dass ein ähnliches Dekret zu ertheilen, in beiden Fällen also die spätere Verfolgung des Rests durch Wiederaufnahme des Exekutionsverfahrens schon allein möglich ist. Denn es kommt eine Verurtheilung mit Beschränkung auf *id quod facere potest* gar nicht mehr vor, und mithin keine Nachklage auf den Rest. (S. 339 ff.) Unter diesen veränderten Gesichtspunkten sind nun die römischen Bestimmungen von der *condemnatio in id quod facere (debitor) potest* aufzufassen. S. jetzt auch Vangerow Leitf. 6. Ausg. Bd. I. S. 326 ff.

49 Fr. 173. pr. *de R. J.* fr. 30. *de Re jud.* Vgl. noch die bei Wening a. a. O. Anm. r, Gen. u. Unterholzner a. a. O. S. 388. VI. Die dem Schuldner selbst zu Theil werdende Wohlthat erstreckt sich mit auf seine Familie.

50 Fr. 63. §. 6. *Pro socio*, fr. 15. pr. *Soluto matrim.* Wenn diese Stellen das *rei judicandae tempus* bezeichnen, so hat das Bezug auf die römisch prozessualische Gestaltung, s. Anm. 48; nach den hier eingreifenden Veränderungen im heutigen Prozess ist das nicht nothwendig, zumal wenn das *benef.* erst später geltend gemacht wird, es kann also nur der Vermögensbetrag zur Zeit der Hülfsvollstreckung verstanden werden; s. ebendas.

51 Fr. 63. §. 3. *Pro socio*, fr. 53. 54. *Soluto matrim.* fr. 16. 19. pr. *de Re jud.* — Eine Ausnahme findet für den Schenker Statt, dessen Passiva mit in Abrechnung kommen, s. fr. 19. §. 1. fr. 49. 50. *eod.* fr. 54. *Soluto matrim.* Ansprüche aus anderen Schenkungen kommen dabei natürlich in Betracht. Vergl. Savigny Syst. Bd. IV. S. 121. Nach fr. 3. *Quod cum eo* scheint es, dass nur solche Schulden abgezogen werden dürfen, für welche ein *privilegium exigendi* besteht, vergl. Unterholzner S. 387. a. E., wenn nicht diese Ausnahme eine spezielle für diesen Fall (Nr. 6.) ist. In derselben Stelle ist für den nämlichen Fall aber wirklich eine Ausnahme rücksichtlich der nach Austritt aus der väterlichen Gewalt kontrahirten Schulden anerkannt. Auch erkennt Unterholzner a. a. O. S. 388. 4. danach noch eine gleiche Ausnahme für den Fall Nr. 7) an, weil sich sonst der Schuldner mit fremder Hülfe nicht erholen könne, die ich für weniger begründet erachte. Dagegen gehören ausstehende Forderungen hier zum Inbegriff des Vermögens, fr. 28. 43. *eod.*, ingleichen wird das dazu gerechnet, was durch den *dolus* des Schuldners davon gekommen ist, fr. 63. pr. §. 7. *Pro socio*, fr. 18. §. 1. *Soluto matrim.*

52 Fr. 63. §. 4. *Pro socio* (wegen der *cautio* s. Anm. 48) fr. 7. *de Cess. bonor.* c. 3. *de Bonis auctor. jud.* c. un. §. 7. *de Rei uxor. a.* c. 8. *Soluto matrim.*

53 S. Anm. 48 u. Anm. 56.

54 S. Anm. 48.

55 Fr. 8. 9. *de Cond. indeb.*

sam[56]. Diese, übrigens reinpersönliche[57], Rechtswohlthat beruht in einem moralischen, hier zum Recht erhobenen, Element, welches in den besonderen näheren Verhältnissen zwischen den Personen, welchen als Schuldnern sie zu Theil wird, und den Gläubigern, oder vermöge besonderer Eigenschaften der ersteren aus höheren Rücksichten als überwiegend anerkannt ist[58]. Sie wird nämlich folgenden Personen zu Theil: 1) den Ascendenten in Obligationen aller Art als Schuldnern der Descendenten[59]. 2) Den Ehegatten gegenseitig[60], und dem Ehemann auch noch nach Auflösung der Ehe, wenn er von der gewesenen Ehefrau oder deren Erben auf Herausgabe der Mitgift vermöge gesetzlicher Vorschrift belangt wird[61]. Dasselbe Recht geniessen seine mit der Frau erzeugten Kinder als seine Erben[62]. 3) Dem Schwiegervater als Schuldner des Schwiegerkinds[63], und auch nach Auflösung der Ehe, wodurch er es ist, in dem vorhergedachten Fall[64], und zwar dann auch gegen die Erben der Frau[65]. 4) Den Gesellschaftern[66] in Forderungen aus dem Gesell-

[56] Es wäre nämlich dann ebenso, als wenn eine Klage auf den Inhalt des *benef.* bestände, die nach der vor. Anm. versagt ist.

[57] Fr. 63. §. 1. 2. *Pro socio*, fr. 23—25. 41. pr. *de Re jud.* fr. 7. pr. *de Except.* fr. 12. 13. 15. §. 1. *Soluto matrim.* fr. 68. *de R. J.*

[58] S. Sintenis a. a. O. S. 319 f. Wer hier Inkonsequenzen findet, und ein wirkliches gemeinsames Princip für die einzelnen Fälle vermisst, dem kann man dies zugeben, ohne dass sich darum an der Sache im Ganzen und im Einzelnen etwas ändert.

[59] §. 38. *I. de Action.* fr. 16. 30. *de Re jud.* Es pflegt auch wohl für den umgekehrten Fall dasselbe behauptet zu werden, ich kenne jedoch keine Stelle weiter (denn der allgemein lautende Schlusssatz der letzten ist doch wegen des Vergleichs mit dem Schenker nicht so zu verstehen), als etwa fr. 18. pr. *Soluto matrim.*, allein es lässt sich damit nur eine Ausdehnung von Nr. 2, a. E. behaupten. Auch sind die neueren Pandektisten fast alle gegen die Ausdehnung; s. noch bes. Fritz Erl. S. 115 f.

[60] Fr. 20. *de Re jud.* fr. 17. §. 1. *Soluto matrim.* — Ein spezieller Fall zu Gunsten des Ehemanns gegen die Erben der Frau ist in fr. 27. §. 2. fr. 28. *de Religios.* enthalten. Ob das *benef.* auch auf die während der Ehe entstandenen, aber erst nachher eingeklagten Forderungen anwendbar sei, ist nirgends berührt. Es scheint aber zu bejahen zu sein.

[61] §. 37. *I. de Action.* fr. 12. 13. 17. §. 2. 21. 27. *Soluto matrim.* c. 8. *ej. tit.* c. un. §. 7. *de Rei uxor. act.* S. noch bes. fr. 32. *Soluto matrim.* Bei der *dos receptitia* findet das *benef.* keine Anwendung. Vergl. die ausführl. Erörter. bei Glück Komm. Bd. 27. S. 351 ff.

[62] Fr. 18. pr. *eod.*

[63] Man findet dieses bald behauptet, s. z. B. Unterholzner Bd. I. S. 382. 5), bald verneint, s. z. B. Glück Komm. Bd. 25. S. 188 ff. Vangerow Bd. I. S. 216. 3) u. Puchta §. 245. 3) und nur in der Beschränkung auf eine vom Vater der Frau versprochene *dos* während der Ehe und deren Rückforderung vom Vater des Mannes zugegeben. Diese besonderen Fälle sind allerdings in fr. 21. zweite Hälfte, 22. pr. *de Re jud.* fr. 17. pr. *Soluto matrim.*, u. fr. 84. *de J. D.* einerseits, und in fr. 15. §. 2. fr. 16. *Soluto matrim.* andererseits enthalten. Es ist ferner für den zweiten Fall das Nämliche rücksichtlich der Erben der Frau anerkannt in fr. 27. *Soluto matrim.* Sodann ist, wenn der Schwiegervater vom ehemaligen Schwiegersohn nach Trennung der Ehe noch auf die Zahlung der versprochenen *dos* in Anspruch genommen wird, in fr. 21. 22. *dd.* jenem das *benef.* versagt, wenn nicht besondere Gründe vorhanden seien, s. fr. 84. *de J. D.* Aber neben allen diesen besonderen Bestimmungen ist doch auch in fr. 21. *d.* erste Hälfte, verbunden mit fr. 20. *eod.* ausdrücklich gesagt, *sicut autem cum marito agitur*, nämlich nicht nur *dotis nom.*, sondern *ex aliis quoque contractibus, ita et cum socero etc.*, und da es von diesem fr. 16. *Soluto matrim.* heisst, *quia parentis locum socer obtinet*, so muss ich die allgemeine Ausdehnung des *benef.* auf die Schwiegerväter, von denen dann auch der vorhergedachte erste besondere Fall nur als eine Anwendung erscheint, für erwiesen halten. A. M. bleibt Vangerow 6. Ausg. S. 330.

[64] Fr. 15. §. 2. fr. 16. *Soluto matrim.*

[65] Fr. 27. *eod.*

[66] §. 38. *I. de Action.* fr. 63. pr. *Pro socio*, fr. 16. *de Re jud.* Die erste und dritte Stelle gestattet das *benef.* ausdrücklich nur für das *judicium societatis;* die zweite ebenfalls ausdrücklich *etiamsi non univers. bonor. socii sint*, *sed*

schaftsverhältniss. 5) Dem Schuldner aus einer Schenkung[67]. 6) Den erst kurze Zeit aus der väterlichen Gewalt getretenen Personen in Bezug auf Schulden aller Art, die sie während der Zeit, wo sie in jener standen, kontrahirt haben, — es wäre denn, dass sie beim Austritt aus der Gewalt vom Vater einen etwa auf ihr Erbtheil zu rechnenden ansehnlichen Theil seines Vermögens mitbekommen hätten, — und, dafern es durch des Vaters Tod geschehen, wenn sie wenig oder nichts von ihm geerbt haben[68]. 7) Demjenigen Schuldner, welcher von der Rechtswohlthat der

unius rei; die dritte aber fügt bei Aufzählung der Personen, denen es zusteht, gelegentlich der *socii* hinzu: *soc. autem omn. bonor. accip. est.* Beide letztere sind von Ulpian und daher ein Widerspruch nicht wohl anzunehmen. Erklärungsversuche s. bei Glück Bd. XV. S. 428 ff. Fritz S. 118 ff. und Vangerow Bd. I. S. 217. 7) und den dort Gen. Puchta §. 245. p) hält in der letzten Stelle die betreffenden Worte für eingeschoben von den Kompilatoren, und gewinnt „als praktisches Resultat, dass die Beschränkung auf eine Art der Societät in Folge des Widerspruchs wegfalle.“ Das wird freilich nicht Jedem einleuchten. Unterholzner Bd. I. S. 383. o erklärt die letzte Stelle davon, dass bei einer allgemeinen Vermögensgemeinschaft alle wechselseitigen Ansprüche in das *jud. soc.* fallen. Dies lässt sich namentlich in sofern hören, als in fr. 16. und 17. *d.* solche Personen den Anfang der Reihe machen, welche das *benef.* nicht blos für gewisse, sondern für alle Forderungen bestimmter Personen geniessen. — Da fr. 63. pr. *d.* den Grund anführt, *cum societ. jus quodammodo fraternitatis in se habet*, so hat man häufig das *benef.* auch den Geschwistern gegenseitig zugestanden, s. gegen die Zulässigkeit einer solchen Interpretation Fritz S. 117 ff. Unterholzner a. a. O. S. 385. w), und Vangerow S. 219. und die dort Gen.

[67] Fr. 28. *de R. J.* fr. 33. *de J. D.* fr. 12. *de Donation.* fr. 19. §. 1. fr. 30. 41. §. 2. *de Re jud.* Der Schenker hat auch das besondere Recht, von seinem Aktivvermögen seine Schulden abzuziehen, fr. 12. *d.* s. Anm. [51]. Dem Schenker wird in fr. 33. *d.* der *extraneus dotis promissor*, wenn der Mann auf die *dos* klagt, gleichgesetzt, während ihm fr. 84. *de J. D.* und fr. 41. pr. *de Re jud.* das *benef.* versagen. S. verschiedene Vereinigungsversuche bei Glück Komm. Bd. XXIV. S. 440 f. Anm. [30] und Meyerfeld im Rhein. Mus. Bd. VII. Nr. 5. §. 19., der die *Cujacius*'sche Erklärung (*Obs.* XII. 17. und *Comm. ad* fr. 41. *d.*) annimmt, welche *convenisset* in der ersten Stelle auf die Frau bezieht, so dass die Worte (*quemque etc.*) keine Beschränkung des *agere posse* in Bezug auf den Mann enthalten, sondern der in ihnen ausgesprochene Grund der Beschränkung des *agere debere* bestehe nur darin, dass, wenn die Frau klagen müsste oder könnte, der *promissor* als ihr Schenker das *benef.* haben würde. Aber, wenn nun die Konstruktion passen soll, muss man statt *condemnaverat* mit *Cujacius* lesen: *condemnatura erat.* (Ueber die Bedeut. von *condemnare* in dieser Verbind. s. deutsch. Corp. Jur. Anm. und fr. 6. *de His qui not. infam.*) Puchta §. 245. q) nimmt eine wirkliche Meinungsverschiedenheit an; „die beiden ersten Stellen versagen das *benef.* formell mit vollem Recht, die letzteren gestattet es aber, weil es auf Eins hinauskomme, wie wenn die beschenkte Frau klage.“ Auch hier aber passt die Form *condemnaverat* nicht. Mir scheint nun eine Erklärung sehr nahe zu liegen, welche den Widerspruch gänzlich beseitigt, und bei welcher es nur darauf ankommt, die Stelle richtig zu übersetzen: „hat ein Fremder die Mitgift versprochen, der nachmals in Vermögensverfall gerathen ist, so wird es dem Mann zur Last gelegt, dass er ihn nicht bei Zeiten ausgeklagt hat, (wenn es nachmals auf Herausgabe der Mitgift seinerseits ankommt) und zwar namentlich wenn das Versprechen Folge einer rechtlichen Nothwendigkeit und nicht des freien Willens war; wäre es nämlich dies, also eine Schenkung (an die Frau) gewesen, so verdient der Mann auf alle Weise Schonung, wenn er den Schenker mit der Zahlung nicht übereilt, und wider ihn, dafern er ihn wirklich verklagt hätte, nur eine Verurtheilung *in id quod facere potest* herbeigeführt hat.“ Es ist also in den letzten Worten gar nicht gesagt, dass der Schenker das *benef.* habe, sondern nur das Faktum vorausgesetzt, dass eine Verurtheilung mit Rücksicht auf dasselbe ohne Recht dazu geschehen sei; denn hätte der Schenker ein Recht der Art, so könnte ja von einer billigen Schonung des Ehemanns keine Rede sein, sondern ein Anspruch wider ihn auf das erstrittene *minus* wäre dann gar nicht möglich.

[68] Fr. 2—5. *Quod cum eo*, fr. 49. *de Re jud.* es ist nach diesen Stellen einerlei, wenn der *fil. fam.* von der Erbschaft abstinirt hat; und auch

Güterabtretung Gebrauch gemacht hat, in Bezug auf das neuerworbene Vermögen, jedoch nur gegenüber den Gläubigern, wider welche jene überhaupt wirksam ist, also nicht solchen, mit welchen der Schuldner erst seitdem kontrahirt hat[69]. — Dass endlich durch Vertrag diese Rechtswohlthat begründet werden kann, bedarf weiter keiner Erwähnung; ist es geschehen, so ist sie in Ermangelung besonderer Bestimmungen in dem gewöhnlichen Umfang zu verstehen[70].

Die Zuständigkeit der Rechtswohlthat der Kompetenz ist jedoch auch für die im Allgemeinen dazu berechtigten Personen noch an die Bedingung gebunden, dass sie sich derselben nicht unwürdig gemacht haben. Dies äussert sich namentlich

wenn er zu einem geringen Theil eingesetzt worden ist, worüber dem richterlichen Ermessen das Weitere zusteht. Der Begriff **gering** wird gewöhnlich im Vergleich zur Grösse der Schuld aufgefasst, Unterholzner a. a. O. S. 384. u) hingegen versteht die des zu erwarten gewesenen Erbtheils; letzteres scheint mir richtiger und namentlich den Worten des fr. 2. §. 1. *d. ex minima parte institutus* entsprechend, was doch nur vom Nachlass verstanden werden kann. Dasselbe gilt von der Zeit, wie lange das *benef.* zuständig sein soll. Unterholzner hält a. a. O. das *benef.* auch dann für ausgeschlossen, wenn dem aus der Gewalt Entlassenen ein beträchtlicher Theil des väterlichen Vermögens mitgegeben worden ist. Bestätigt wird dies durch keine Stelle, es spricht dafür allerdings der Grund der ganzen Bestimmung, und ein *arg. e contrario* rücksichtlich der Grösse des Erbtheils.

[69] §. 40. *I. de Action.* fr. 4. pr. 6. 7. *de Cess. bonor.* c. 3. *de Bonis auct. jud.* Die Beschränkung auf die älteren Gläubiger ist zwar nicht ganz ausser Streit, vergl. darüber Fritz S. 120 f. und Vangerow a. a. O. S. 218. 8., indessen ist nicht nur die gemeine Meinung dafür, (von Neueren bes. Thibaut civ. Abh. S. 350 ff. dagegen) sondern sie hat auch in der ersten und letzten Stelle gute Stützen. Vergl. Unterholzner S. 385. u) und Puchta §. 245. v).

[70] Fr. 49. *de Pactis.* In fr. 125. *de V. S.* kommen Beispiele vor, wonach es auch der Interpretation der Vertragsbestimmungen als überlassen erscheint, ob dieses *benef.* gemeint sei. Es wird jedoch immer misslich sein, aus zweideutigen Ausdrücken der dort angeführten Art in unserer Sprache gerade diese Begünstigung zu folgern, um so mehr, als der der Kompetenz sich erst bei uns gebildet hat, und sehr gewöhnlich ist. Dagegen wird in solchen Fällen eher der Umfang des Abzugs gemeint sein, also namentlich, dass darin die Schulden begriffen sein sollen, indem der Begriff des Vermögens im Zweifel *deducto aere alieno* aufzufassen ist. Das *ben. comp.* ist mannigfach ausgedehnt worden, 1) s. Anm. [66] a. E.; 2) andere unzulässige Fälle s. bei Vangerow S. 219 f. b) und c) und Unterholzner S. 385. 2. — 3) Sehr verbreitet und festgewurzelt ist die Praxis des sog. *ben. comp. ex jure tertii*, d. h. wenn Jemand einen Anderen alimentirt, also daran betheiligt ist, dass diesem dasjenige nicht wieder entzogen werde, was er ihm zu dem Ende verabreicht, so soll jener wie dieser in seinem Namen das *ben.* haben. Man räumt dasselbe dann namentlich ein: den Regenten, apanagirten Prinzen, Städten, Vasallen, dem Vater *ex jure* seiner Kinder, dem Ehemann *ex jure* der Frau, den öffentlichen Beamten, Geistlichen, und dem Schuldner, dem aus Mitleid Alimente ausgesetzt sind. Diese Ausdehnung ist durchaus ungegründet. Ist nämlich der Dritte zu einer solchen Alimentirung wirklich und unbedingt verbunden, so reicht sein blosses Interesse nicht dazu aus, einen Einspruch der Art seinerseits zu begründen. Steht es bei ihm, die Zahlungen einzustellen, oder ist er *sub modo* oder unter einer Resolutivbedingung verpflichtet, so bedarf er nicht des Bezugs auf das *benef.* Auch die partikularrechtlichen Exekutionsbeschränkungen in Bezug auf die Besoldung der Beamten und die kirchenrechtlichen in Ansehung derer der Geistlichen, um nicht in ihren Amtsfunktionen gehindert zu werden, und der Pensionäre gehören nicht hieher, obwohl sie als *benef. comp.* bezeichnet zu werden pflegen. Vergl. Puchta §. 245. a. E. Vangerow a. a. O. S. 220 f. S. die dort Gen. — Im R. R. sind auch die Soldaten, *qui sub armata militia stipendia meruerunt*, vermöge Standsprivilegii zu dem *ben.* berechtigt, fr. 6. pr. 18. *de Re jud.* Dies ist antiquirt, S. §. 8. Anm. [8] a. E. Die Ausdehnung auf Advokaten, Doktoren u. Geistliche, welche dann hiervon geschehen, ist ohne allen Sinn; s. Vangerow a. a. O. d).

darin, dass sie bei allen Forderungen aus Vergehen [71], sowie bei denen aus Verträgen, sobald sich der Schuldner eine Arglist in Bezug auf die Obligation hat zu Schulden kommen lassen [72], ingleichen dann wegfällt, wenn Jemand das Rechtsverhältniss, woraus er in Anspruch genommen wird, nicht eingestanden [72a] und wenn er mit Absicht die Verminderung seines Vermögens herbeigeführt hat [73]. Dagegen hat diese Rechtswohlthat andererseits die Eigenthümlichkeit, dass wegen des ihr inwohnenden moralischen Elements nicht mit Erfolg darauf verzichtet werden kann [74].

D. Die *exceptio doli* kann unter Umständen die eigenthümliche Wirkung haben, dass Der, dem sie zusteht, wenn er auf Herausgabe einer Sache, sei es mittelst *in rem* oder *in personam actio* belangt wird, und in gewissem Bezug damit stehende Gegenansprüche hat, auch dann zur Herausgabe derselben nur gegen Befriedigung der letzteren verurtheilt wird, wenn ihm desfalls kein Klagrecht zusteht. Das ist das sog. Retentionsrecht [75]. Hierher gehören die Rechtsverhältnisse, in denen der

[71] Fr. 4. §. 2. *Quod cum eo*, fr. 52. *de Re jud.* fr. 21. §. 6. *de Actione rer. amotar.*

[72] Fr. 22. §. 1. *de Re jud.* c. un. §. 7. *de Re uxor. act.* fr. 4. §. 1. *Quod cum eo*, fr. 10. *de Re jud.*

[72a] Fr. 67. §. ult. *Pro socio.*

[73] Fr. 51. pr. *de Re jud.* fr. 18. §. 1. *Soluto matrim.* fr. 63. pr. §. 7. *Pro socio.*

[74] Fr. 14. §. 1. *Soluto matrim.* Da diese Stelle nur vom Ehemann gegenüber der Frau spricht, so hat man die Unzulässigkeit des Verzichts öfters theils hierauf eingeschränkt, theils nur bedingt ausgedehnt, nämlich, wenn dem Schuldner von Seiten des Gläubigers Achtung gebühre, oder, wenn eine Unsittlichkeit darin liege, dass letzterer den Verzicht geltend mache. S. z. B. Puchta §. 244. a. E. Unterholzner a. a. O. S. 386. 2. Dagegen Wening §. 198. (23. a. E.) und bes. Fritz S. 114. Auch ich habe a. a. O. S. 318 ff. die allgemeine Ausdehnung — von der natürlich der Fall eine Ausnahme macht, wenn das *benef.* überhaupt nur durch Vertrag entstanden ist — von Neuem zu begründen versucht.

[75] Der Ausdruck *retinere* kommt in mannigfaltigen Anwendungen in den Quellen vor, vergl. *Dirksen Manuale latinit.* h. v. und Schenck Ret.-Recht (Jena 1837.) S. 33 ff.; seine allgemeine Bedeutung ist dabei die, etwas behalten, was man hat. Die Gründe dazu, und also die Befugnisse, können sehr verschieden sein, und nicht weniger der Zweck. Wird nun *retinere* mit anderen rechtlichen Begriffen und Verhältnissen in Verbindung gesetzt, welche vermöge ihrer selbst dieses alles bestimmen, so ist eine technische Bedeutung darin weiter nicht enthalten, sondern nur eine kraft jener rechtlich mögliche Thatsache angedeutet, so z. B. *hereditatem* (von *suis* gesagt,) fr. 6. pr. *de Reb. auctor. jud.*, *liberos in potestate*, fr. 4. *de Interdict.*, *possessionem* in Verbindung mit *Interd. retin. poss.*, *quartam*, fr. 16. *ad Leg. Falcid.*, *dotem*, fr. 23. §. 1. *de Pactis dotal.*, *pignus*, c. 4. *de Usur.*, *dominium*, fr. 7. pr. *de Captiv.* Auch insofern das Innebehalten zum Zweck der Kompensation geschieht, wird es durch diesen Begriff näher bestimmt. Ueberall ist hier ein definitives Behalten, wenn auch der Natur des Rechtsverhältnisses gemäss mit der Aussicht auf dessen einstmaliges Ende, gemeint, z. B. bei der *traditio* einer Sache *retento usufructu.* Aehnlich ist es mit *retentio*, was in vielen gleichen Anwendungen vorkommt und in allen vorkommen kann, allein hier beginnt eine der technischen besonderen Bedeutung von *retinere* sich annähernde, nämlich in dem Gegensatz der *retentio* zur *petitio*, als einem Zustand, in welchem man nur jene ausüben kann, ohne diese zu haben, s. z. B. fr. 19. §. 2. *de H. P.* und vergl. §. 82. Anm. 14. Nun wird auch *retentio* häufig für *deductio*, sowohl wo es auf Kompensation hinauskommt, als ohne solche gebraucht, s. Dirksen l. l. In dem hier in Betracht kommenden Sinn bedeutet aber *retinere* ein Innebehalten, welches zwar thatsächlich, in seiner Aeusserung, nichts Abweichendes darbietet, wohl aber in dem Zweck, der nur im einstweiligen Vorenthalten einer Sache neben der Anerkennung des gegenüberstehenden Rechts darauf besteht, um die Befriedigung einer eigenen Forderung dadurch zu sichern, dass der Schuldner dieser, d. i. der aufgetretene Kläger, um so eher dazu schreite, — und in der Befugniss, welche nämlich in der unter solchen Umständen anerkannten Widerrechtlichkeit der unbedingten Rückforderung der Sache von Seiten des Gegners (*dolus*, s. §. 32. [21]) besteht, und somit, abgesehen von anderen nebenbei

Inhaber einer fremden, sei es dem Kläger, oder einem Dritten eigenthümlich ge-

möglichen Rechtsmitteln aus einem formellen besonderen Rechtsverhältniss, (das z.B. *a. contrariam* gewährt, und s. fr. 2. pr. *ad Leg. Rhod.*) nur eine *exceptio* begründen kann. Wenn es auch freilich nicht verkannt werden konnte, dass das Ret.-R., soweit darunter etwas Eigenthümliches zu verstehen ist, durch *exc. doli* in den Quellen geltend gemacht werde, so haben doch bisher mannigfaltige Irrthümer über seine wahre rechtliche Natur geherrscht. (Vergl. Puchta §. 94. b).) Namentlich gehört dahin: 1) die Auffassung, wonach es zur Selbsthülfe gestellt und als ein Mittel dieser betrachtet wurde, s. Glück Komm. Bd. XV. §. 937. z. A. (auch noch Mühlenbruch §. 136.) und dass es daher nur in den Fällen Statt finde, wo es in den Gesetzen ausdrücklich gestattet sei. 2) Dass es eine Wirkung des Besitzes sei; dies ist schon darum unrichtig, weil dazu Detention ausreicht. 3) Dass es ein ganz eigenthümlich geartetes Recht sei; diese Ansicht liegt auch dem Werk von Schenck über das Ret.-R. (Jena 1837.) zu Grunde. In einem gewissen Grad ist das zwar richtig, nämlich: in sofern dem Verklagten irgend ein Vertheidigungsmoment, welches unter den Umfang der *exc. doli* fällt, als zur Seite stehend anerkannt wird, ist damit auch ein Rechtsverhältniss anerkannt und also auch ein Recht, s. §. 32. vor Anm. 21 (Bd. I. S. 309 f.); allein es war falsch, demselben einen solchen Charakter und eine solche Stellung zu vindiziren, wonach es in die Reihe völlig selbstständiger und abgeschlossener Rechts*institute*, wie das Pfandrecht, oder etwa die Kompensation, aufzunehmen wäre. Es ist nichts weiter, als eine besondere Gestaltung und Anwendung in der ungeschlossenen Zahl solcher *exc. doli*, und von anderen, wie schon längst Savigny a. a. O. §. 3. a. E. gesagt hat, nur zufällig und faktisch verschieden. (Vergl. Anm. 76.) Die Folge jenes Irrthums ist nun die gewesen, dass es, selbst die bei Seite gesetzt, in welchen eine ganz falsche Methode nicht bezweifelt wird, (s. Schenck S. 11 ff.) eine Anzahl von Büchern und Schriften über das Ret.-R. giebt, welche geeignet sind, seine Stellung im Rechtssystem und gegenüber anderen Rechten ganz verkennen zu lassen. Gegen diese neue Doktrin eines „selbstständigen, oder für sich unabhängigen Ret.-R.“ ist auch die Cramer'sche Abhandl. im Archiv Bd. 37. S. 305 ff. 415 ff. gerichtet. Die umfangreicheren namentlich sind durch Einmischung einer grossen Zahl hierher gar nicht gehöriger Punkte, und durch Vergleichungen, Unterscheidungen und Betrachtungen entstanden, die theils völlig fruchtlos und überflüssig sind, theils sich so von selbst verstehen, dass es dessen keiner Erwähnung bedurfte, und denen dann eine Masse von Detail in Verfolgung einzelner Fälle angereiht ist, die, rein kasuistischer Natur, sich einerseits so wenig wie die faktischen Gestaltungen anderer Rechtsverhältnisse erschöpfen lassen, andererseits einer besonderen Bearbeitung nicht bedürfen, sondern nur nach den allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden sind. Gleichwohl hat sich auch bei Anerkennung der Richtigkeit dieser Gegengründe und Ausscheidung des offenbar nicht hierher Gehörigen in der allgemeinen Doktrin, wie in der Praxis, das „Ret.-Recht“ als ein Institut erhalten, wie es vom Standpunkt einer geläuterten Theorie aus nicht als begründet eingeräumt werden kann. Ich selbst habe in der ersten Auflage dieses Buchs jene Doktrin noch in den Hauptpunkten, wiewohl mit mannigfachen Einschränkungen derselben, vorgetragen, die ich schon in der Rec. des Schenck'schen Buchs, in den Leipziger krit. Jahrb. v. 1837 S. 765. befürwortete. Die Unhaltbarkeit derselben im Ganzen ist jetzt von Groskopf, z. Lehre vom Ret.-R. Oldenb. 1858, dargethan worden. Der Knotenpunkt jener Doktrin liegt in dem Begriff der danach erforderten „konnexen“ Forderung (welcher Erforderniss die ältere Doktrin nicht einmal anerkannte, sondern weit darüber hinausging, s. die bei Schenck S. 133.[2] Gen. vergl. darüber die erste Ausg. meines Civ.-Rechts, §. 91. Anm. 86) und in der ihm gegebenen Ausdehnung, sowie in der Voraussetzung der *b. f. poss.* Diese letztere anlangend, musste man indessen gerade im wichtigsten Fall (der *rei vind.* gegenüber den nothwendigen Kosten) eine Ausnahme statuiren, mit der die Voraussetzung im Wesentlichen verschwindet. Soviel aber jenen Begriff anlangt, den man in drei Klassen von Fällen als zutreffend anerkannte: 1) bei Verwendungen auf die herauszugebende Sache, die der Kläger zu ersetzen hat, 2) wenn die Gegenforderung, deren wegen soll retinirt werden können, aus demselben Rechtsverhältniss und darauf bezüglichen Handlungen und Ereignissen entspringt, aus dem geklagt wird, (namentlich bei *act. contrar.*) und 3) wenn die

hörigen Sache in Folge thatsächlicher Umstände verschiedener Art von seinem

Gegenforderung durch die Sache selbst entstanden ist, — so sind diese Klassen genauer zu betrachten. Im Voraus sei jedoch bemerkt, dass in der ersten (welche, beiläufig bemerkt, mit dem Ausdruck „Verwendung“ nicht weit genug greift, s. im Text Nr. 2,) das Erforderniss der Konnexität der Forderung, (d. h. der ursachlichen Beziehung zur Sache) selbstverständlich ist; es kann nie fehlen; in der zweiten ist ein Ret.-R. gar nicht nachweisbar; in der dritten endlich gilt, sofern dabei von Ret.-R. die Rede sein kann, dasselbe, was von der ersten. Um dies näher zu beweisen, ist zuvörderst Tendenz und Resultat der angef. Groskopf'schen Schrift darzulegen. Groskopf betrachtet „als hierher gehörig (d. h. als eigenthümliche im R. R.) nur die Fälle der *exc. doli*, wo der Inhaber einer (nothwendig fremden) Sache dem Vindikanten deren Herausgabe darum verweigern darf, weil ein Theil seines Vermögens in derselben steckt, den er, weil er ihn faktisch noch hat, behalten will, bis ihm Ersatz dafür zu Theil werde. (Namentlich bei geschehenen Verwendungen, aber auch z. B. wenn der Legatar die Herausgabe einer Sache vom Erben verlangt, wovon dieser die Falcidische Quart abziehen will. S. 32.) Dieser *exc. doli* liege keine Forderung, nicht einmal eine *obl. naturalis* zu Grunde, sie bestehe vielmehr lediglich zum Schutz eines faktischen Verhältnisses. (S. 25.) Wäre selbst in geeigneten Fällen eine Klage deshalb dem Inhaber zuständig, so werde dennoch nicht diese im Ret.-R. *excipiendo* geltend gemacht, sondern sei davon zu unterscheiden (fr. 59. *de Furtis*). (S. 33.) In solchem Fall nun sei die Klage in Folge der *exc. doli* nicht, wie in anderen Fällen, abzuweisen, sondern der Verklagte bedingungsweise zur Herausgabe zu verurtheilen, dass der Kläger den genau festzustellenden Gegenanspruch Zug um Zug ersetze.“ (S. 99.) — Im Wesentlichen erkenne ich die Richtigkeit dieser Resultate an, habe indessen Folgendes dazu zu bemerken. Ich kann nicht zugeben, was Groskopf eifrig leugnet, dass auf Seiten des Retinirenden eine Forderung nicht bestehe. Groskopf geht soweit, dass er behauptet, das Ret.-R. sei weder ein dingliches noch ein persönliches Recht (S. 94.) Aber was ist es dann, wenn es überhaupt ein Recht ist? und das ist denn doch jedes rechtlich geschützte faktische Verhältniss. Groskopf geräth mit seinem Leugnen einer Forderung, während er einen Gegenanspruch anerkennt, und dann einen „rechtlichen Anspruch“, ein „eigentliches“ Ford.-Recht verneint, in sichtliche Verlegenheiten, vergl. S. 23. 29. 31. 32. 99. Wenn es hin und wieder in Verbindung mit dieser Anwendung der *exc. doli* heisst: *nullo alio modo quam per retentionem impensas servari posse*, — *neminem obligare volui*, — *nullum negotium contrahitur*, so ist damit dem Ausdruck *dolus* und der Form der *exc. doli* gegenüber immer nicht bewiesen, dass hier nicht wenigstens eine klaglose, also *naturalis obl.* anzuerkennen sei, nämlich eine von der schwächsten Wirkung, s. o. §. 82. bei Anm. [18]. Mag hin und wieder eigentlicher *dolus*, als unrechtliche Handlungsweise, auch mehr hervortreten, (s. z. B. fr. 5. §. 2. *de Doli exc.*) so ist doch die Mehrzahl der Fälle von der Art des §. 22. Anm. [9] Nr. 5) (vergl. §. 32. Anm. [21]) und wenn diese Obligationen der Entstehung nach klassifizirt werden sollen, so ist einfach auf §. 126. z. Anf. zu verweisen. Können nun aber die dem Inhaber der Sache von dem, welchem er sie herauszugeben hatte, und gegeben hat, gutwillig erstatteten Impensen, selbst bei angenommener Entschuldbarkeit des Irrthums (s. §. 109. Anm. [54]) nicht als *indebitum* zurückgefordert werden (fr. 51. *de Cond. indeb. Ex quib. caussis retentionem habemus*, *petitionem autem non habemus*, *ea si solverimus*, *repetere non possumus*), so ist auch nothwendig ein *debitum*, dem ja auch *satisfieri* (fr. 5. pr. *de Impens.*) soll, mithin eine *oblig.* (*natur.*) vorhanden. — Mit dieser abweichenden rechtlichen Anschauung des vorwaltenden Verhältnisses, weshalb retinirt werden kann, ändert sich inzwischen an Groskopf's Resultat selbst nichts. Danach werden also die beiden letzteren der obgedachten drei Klassen von Fällen hier völlig weggewiesen, während die erste allein übrig bleibt. Ueber die erstere s. das Weitere in den folg. Anmm. Unrichtig ist nun die bisher gangbare Doktrin namentlich darin, dass sie nicht nur Klassen von Fällen hierherzog, die nicht hierher gehören, sondern dass sie allgemeine Regeln aufstellt, deren Anwendung auf alles darunter Passende noch weiter auf das betretene irrige Feld führen, — dass sie m. a. W. dem Inhaber einer fremden Sache dem zur Rückforderung Berechtigten gegenüber eine Befugniss zur Vorenthaltung wegen eigener, auch klagbarer,

Vermögen[76], so zu sagen, etwas in sie gesteckt, oder an sie gewendet, oder verloren

Forderungen einräumte, die kaum noch in einem ursachlichen Zusammenhang mit jener stehen, geschweige dass dieser, selbst vorausgesetzt, dies zu rechtfertigen vermögte, so z. B. für die Advokaten an den Privatakten ihrer Klienten bis zur Zahlung der Deserviten. (Vergl. Groskopf a. a. O. S. 45 f. 87. und noch S. 117 ff.) — Bei Anerkennung der Einschränkung der Lehre vom Ret.-R. entsteht nun die Frage, ob der ihm demnach hier eingeräumte Platz im System der richtige sei? Ich halte ihn, im Besonderen nach der Ueberschrift des §. dafür, die einen eigenthümlichen Gesichtspunkt darbietet. Tritt zwar das Ret.-R. vorzugsweise den *in rem actiones* gegenüber, so dass der Verklagte in sofern nicht als „Schuldner" in Betracht kommt, sondern als Inhaber einer Sache, so nimmt doch mit Einleitung des Verfahrens das Verhältniss zwischen den Parteien nicht blos einen obligatorischen Charakter an, sondern auch nur einen solchen hat doch das Recht des Verklagten, und den *in person. act.* gegenüber ist es nicht ausgeschlossen, s. Anm. [79], daher ist dem Ret.-R. in §. 91. sein Platz verblieben.

[76] Das leugnet Schenck S. 103 ff., wobei aber sein unjuristischer Begriff (S. 103) der „einem anderen gehörigen Sache" (worunter er *res debitas* auch versteht) mit entscheidend wird; es ist schon darum einerlei, wem die herauszugebende Sache gehöre, weil das für das darüber bestehende obligatorische Verhältniss gleichgültig ist. Ueber die Frage, in wiefern Dritte durch das Ret.-R. berührt werden können, s. Sintenis Pf.-R. S. 24. Diese sind hier als Vindikanten zu denken; wider Pfandgläubiger, deren Pf.-R. erst nach Begründung der *exc. doli* entstanden sind, hat diese *exc.* darum Statt, weil sie in der Klage, womit sie den retinirten Gegenstand fordern, als Nachfolger und Vertreter des Verpfänders erscheinen; vergeblich bestreitet das Schenck S. 285 ff. Das Ret.-R. tritt also nur einer Herausgabe (Restitution), nicht der obligationsmässigen Uebergabe (Tradition) gegenüber, in den Fällen, in welchen die Uebergabe aus gleichen Gründen, wie hier die Herausgabe zur Zeit verweigert werden kann, nimmt der Inhalt der Vertheidigung eine andere Form an. Es wird, besonders unter Bezug auf fr. 13. §. 8. *de A. E.* von denen, welche diesen Punkt überhaupt berühren, ohne weitere besondere Bemerkung oder Einschränkung gelehrt, dass, wie an fremden, auch an eigenen Sachen ein Ret.-R. ausgeübt werden könne, die man einem Anderen schulde, s. Glück Komm. Bd. XV. S. 115. Göschen Vorles. §. 131. Schenck S. 100. und die dort Gen. Letzterer hält nun diese Stelle nicht für brauchbar zu dem Beweis dieses Satzes, „weil darin kein eigentliches Ret.-R., d. h. nach ihm (S. 39 ff.) kein solches enthalten sei, welches nicht Ausfluss eines anderen Vertrags oder sonstigen Rechtsverhältnisses sei, sondern eben nur ein Ret.-R. kraft des Kaufvertrags." Dieser Auffassung muss ich zwar die der Anm. [75] substituiren, indessen ist allerdings die Stelle nicht zu diesem Beweis geeignet, sondern nur dazu, dass unter den darin vorausgesetzten Umständen diejenige *exc. doli* begründet sei, welche jetzt *non adimpleti contractus* genannt wird (s. §. 97. Anm. [61]). Wenn aber derselbe Schriftsteller in Fällen wie fr. 13. §. 22. *eod.* (Ret. wegen Impensen) bestätigende Beispiele finden, und nicht diese dem vorigen gleich beurtheilen will, so muss ich widersprechen; auch dann ist nur *exc. doli* in gleicher Art begründet, wie vorher; den Aufwand hat der Verkäufer auf eine eigene, nicht auf eine fremde Sache gemacht, der Ersatz ist eine (klagbare) Pflicht des Käufers aus dem Kauf, gleich der zum Preis, so dass er die Sache so wenig, ohne jenen geleistet, wie diesen gezahlt zu haben, fordern kann, sondern ihm deshalb die *exc. doli* entgegensteht. Wenn man also in der Doktrin, wozu nicht nur systematische und methodische Gründe bestimmen müssen, sondern auch solche von innerer Natur, überhaupt die beiden Gestaltungen der *exc. doli* in dem sog. Ret.-R. und in der sog. *exc. non adimpl. contr.* auseinanderhält, so muss man Fälle dieser Art zur letzteren und darf sie nicht zum ersteren zählen. Ebensowenig kann das fernere Beispiel eines Ret.-R. an eigener Sache in dem von Schenck formirten Beispielsfall zugegeben werden, wenn der Miether einer Sache sie beschädigt und der Vermiether vor Ablauf der Miethszeit zufällig wieder erlangt habe. Es kann nämlich unmöglich eingeräumt werden, dass der letztere hier ein Ret.-R. habe, wenn der erstere die Sache *ex conducto* wiederfordert, und der Begriff der hier behaupteten Konnexität ist sogar unrichtig angewendet. Wenn endlich Schenck noch ein schlagendes Beispiel in fr. 13. pr. *de Usufr.*

hat, was ihr zum Besten gekommen ist, und er dennoch gegen Den, an welchen er die Sache herauszugeben hat, nicht klagbar machen kann. Namentlich ist also das Retentionsrecht begründet:

1) wegen der auf die Sache geschehenen Verwendungen, sowohl eigentlicher Kosten, und zwar je nach Lage des Falls, nur nothwendiger, oder auch der nützlichen und selbst der zierenden, (s. §. 52. Anm. [44]—[50]. §. 192. z. A.) als anderer [77]. Gleiches gilt auch dann, wenn Der, welcher den Aufwand gemacht hat, dieselbe ganz für ihm gehörig hielt, während er nur Miteigenthümer ist, bezüglich des antheilsmässigen Ersatzes dafür [78].

finden will, so ist darin nach m. E. von einem Ret.-R. gar nicht die Rede, der Niessbrauch fängt ja vor Bestellung der *satisdatio* nicht an und mithin ist eine Klage noch gar nicht *nata*. S. §. 59. Anm. [40], [41]. Für wichtiger als diese Stellen zu dem gedachten Zweck ist fr. 26. §. 4. *de Cond. indeb.* und (fr. 23. §. 1. 7.) fr. 29. §. 3. *de Aedil. Ed.* zu halten, welche Schenck wegen des Bedenkens als unbrauchbar zurückweist, ob nicht das Eigenthumsrecht des Retinenten danach als rescindirt zu betrachten sei. Das ist nämlich doch (die Möglichkeit des Inhalts der *condemnatio* nach R. R. ganz bei Seite gesetzt) durch den blossen richterlichen Spruch nicht möglich, sondern erst mit der Herausgabe, die ja noch nicht geschehen ist. Uebrigens ist für den Fall der ersten Stelle der Bezug der Forderung zur Sache in der That nur zufällig, so dass er mehr als ein singulärer erscheint, da er mit anderen in keinen Vergleich zu stellen ist. Für den Fall der letzten Stelle aber kommt überhaupt noch fr. 26. *eod.* in Betracht, wonach der Käufer vermöge der *cautio* nach zurückgezahltem Preis auf Herausgabe verklagt zu denken, und also allerdings noch im Besitz der Sache ist. In diesen Stellen ist also anerkannt, dass der auf Uebergabe verklagte Eigenthümer einer Sache diese dem Gläubiger unter ganz ähnlichen Umständen soll vorenthalten dürfen, wie dies bei Herausgabe fremder Sachen vorkommt; und darin wesentlich gleich ist der Fall des fr. 13. §. 8. *de A. E.* ebenfalls. Soviel ist gewiss, dass der Eigenthümer als Schuldner des Bezugs auf die vorwaltenden Verhältnisse nicht bedarf, um sich den Besitz der Sache zu sichern, denn so lange er Eigenthümer ist, versteht sich der desfallsige Schutz von selbst, da ihm dieses auch durch das Urtheil nicht abgesprochen, sondern nur seine Verpflichtung zur Uebergabe anerkannt wird, diese Thatsache aber in seiner Gewalt steht, s. §. 90. z. A. (während in Ansehung fremder Sachen ein *jussus de restituendo* möglich war, gab es einen solchen *de tradendo rem propriam* nicht). Daher ist denn auch der Vergleich in fr. 13. §. 8. *d.* mit dem Pfand nicht ernstlich gemeint, indem diese Vorstellung oder Anschauung zu dem Zweck der Vorenthaltung des Kaufgegenstands nicht erforderlich ist. Dagegen aber bedarf der Schuldner jener Bezugnahme allerdings, um den Ausspruch dieser Verpflichtung abzuwenden, also einer *exc. doli.* Dennoch ist aus doktrinellen Gründen auch diese Gestaltung der *e. doli* hier auszuscheiden, um diejenige des Ret.-R. reiner und abgegrenzter hervortreten zu lassen. Etwas andere Auffassung und Erklärung dieser Stellen s. bei Groskopf S. 61 ff. 67 f., obschon er auch die diesseitige respektirt. Soviel ist gewiss, dass die Stellen nicht geeignet sind, um etwa eine allgemeine Regel im Ret.-R. darauf zu gründen, die der berichtigten Doktrin widerspräche.

[77] (Vgl. Bd. I. S. 495. u. 524.) Die Verwendungen können von der mannigfaltigsten Art, also Geld, Sachen oder Handlungen, welche Geldeswerth haben, sein, die Verpflichtungen zum Ersatz, wodurch sie näher charakterisirt werden, gehören den einzelnen Rechtsinstituten an, vgl. Schenck S. 181. Beispiele s. in: fr. 15. §. 2. fr. 53. §. 4. *de Furtis*, fr. 39. §. 1. *de Minor.* fr. 1. pr. *Quib. mod. pignus*, fr. 2. pr. *ad Leg. Rhod.* (vgl. Glück Komm. Bd. XV. S. 125.) Eine ausführliche Prüfung einzelner hierher theils gehöriger, theils nicht gehöriger Fälle s. bei Schenck S. 188 ff. S. auch dens. S. 210 ff. über den Streit, ob der Depositar gegen den Deponenten ein Ret.-R. wenigstens wegen nothwendiger Kosten habe; nach c. 11. *Depos.* ist hier ein Ret.-R. ganz und gar ausgeschlossen. Vergl. Groskopf a. a. O. S. 15 ff. 25. 28. 35 ff. 54. **) nachdem auch der Fall des fr. 8. *de Tritico, vino etc.* jetzt hierher zu zählen ist. S. 64 f.

[78] Fr. 14. pr. §. 1. *Communi divid.*

2) Wenn der gewesene Eigenthümer einer Sache, um deren Eigenthum er sich dadurch gebracht, dass sie durch Accession in eine fremde Sache aufgegangen ist, die letztere inne hat, so kann er dieselbe, Falls er Entschädigung für das Seinige beanspruchen kann, so lange innebehalten, bis ihm diese zu Theil wird; s. §. 50. bei Anm. [53].

Aber auch wenn der Inhaber einer fremden Sache, wegen solcher, wie der in diesen beiden Klassen von Fällen gedachten Ansprüche ein Klagrecht auf Ersatz hat, was namentlich, doch nicht allein, (s. §. 50. Anm. [52]. §. 52. Anm. [50]. §. 215. Anm. [42], [43].) dann vorkommt, wenn er die Sache in Folge eines Vertrags überkommen, und zurückzugeben hat, steht ihm das Retentionsrecht an derselben zu, und dieses ist nicht identisch mit dem excipirend geltend gemachten Klagrecht, obschon im heutigen Prozess, und besonders in Hinblick auf die Regeln von der Procedur einer mit der Einlassung auf die Klage verbundenen Widerklage, die Wirkung des Retentionsrechts im Resultat damit verschwimmen und beziehungsweise zusammentreffen kann [79].

In einer anderen Klasse von Fällen, nämlich, wenn die Sache des Einen in den Bereich und die Detention des Anderen unter Umständen gelangt ist, wo sie diesem einen Nachtheil zugefügt hat, wesfalls dem letzteren kein Klagrecht auf Ersatz zusteht, kann dieser, auf deren Rückgabe belangt, (durch *exceptio doli*) verlangen, dass er diese nur gegen das Versprechen, den erweislichen Schaden ersetzen zu wollen, dem Kläger zu leisten brauche [80].

[79] Vergl. fr. 59. *de Furtis*, fr. 14. pr. §. 1. *Communi divid.* fr. 8. pr. §. 1. *de P. A.* vergl. Groskopf a. a. O. S. 32 ff. Es ist nämlich festzuhalten, dass der Verklagte, dem das Ret.-R. zur Seite steht, damit nicht die Abweisung der Klage beantragt, sondern nur eine bedingte Verurtheilung in sofern, als er gegen Erstattung des ihm Gebührenden sich der Herausgabe der geklagten Sache gar nicht weigert. Hierzu gehört natürlich genaue Feststellung seiner Ansprüche, wesfalls er das Erforderliche beizubringen hat, und zwar, wie man für den jetzigen Prozess als Regel wird annehmen dürfen, im Exceptionssatz, nicht erst in einem abgesonderten Liquidationsverfahren, obwohl ein solches u. U. nicht ausgeschlossen sein mögte. Da nun das Parteivorbringen im heutigen Prozess kein formulares zu sein braucht, sondern der Richter das vorgetragene thatsächliche Material unter dem eingreifenden rechtlichen Gesichtspunkt zu erwägen, und darauf das, was Rechtens ist, Amtswegen anzuwenden hat, so ist damit zu dem im Text ausgedrückten Resultat leicht Anlass gegeben.

[80] Auch die dritte in Anm. [75] aufgezählte Klasse der Fälle des Ret.-R. nach der gemeinen Doktrin sucht Groskopf a. a. O. S. 59 ff. durch den Beweis zu beseitigen, dass in den dazu citirt werdenden Stellen von einem solchen die Rede nicht sei. Von den meisten ist das zuzugeben; namentlich auch von fr. 18. §. 3. *Commodati*, fr. 31. *de P. A.* fr. 61. §. 1. 3. 5. *de Furtis*, die alle die *a. contraria* betreffen. (S. noch dens. S. 120 ff. wegen fr. 11. *de N. A.*) Die beiden Hauptstellen fr. 6. u. 7. §. 2. *de Damno inf.* u. fr. 8. *de Incendio* bedürfen indessen weiterer Betrachtung. Groskopf erklärt dieselben davon, „dass darin gar nicht von Ret.-R. die Rede, sondern gesagt sei, dass ein Recht zur Rückforderung nicht ohne Weiteres vorhanden, vielmehr dadurch bedingt sei, dass der Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes sich zum Schadensersatz erbiete, und dafür kavire. Erst dadurch werde eine Klage begründet, ohne welche es kein Ret.-R. und keine *exc. doli* gebe. (S. 59 ff.)" Ich lasse die Gestaltung der Dinge im römischen und im Justin. Prozess dahingestellt, indem uns die im heutigen vorherrschend interessirt. In materiellrechtl. Hinsicht ist es nun allerdings richtig, dass hier an ein Ret.-R. in dem Eingangs des Textes unter D. dargelegten Sinn nicht zu denken ist; nicht auf Ersatz des Schadens an den Inhaber des fremden Gegenstands ist es abgesehen, sondern nur darauf, ihm dafür durch Kaution, d. h. hier blosses Versprechen, s. §. 127. III. z. A. ein ohnedies nicht bestehendes Klagrecht zu verschaffen. Dagegen dürfte Groskopf's röm.-prozessualische Folgerung aus den (bei dieser *extraordinaria cognitio*) vorkommenden Aus-

In beiden Gestalten, besonders aber in der erstgedachten Richtung auf Befriedigung eines Anspruchs, klagbaren wie klaglosen, ist das Retentionsrecht ein Mittel zur Sicherung derselben, wie es denn auch, obschon nur der Beschreibung wegen, dem Pfandrecht verglichen wird [81].

drücken: *non altiter permittendum est*, und *non aliter potestatem tibi faciendam*, nicht nur keineswegs sicher sein, sondern sie ist im heutigen Prozess auch ohne Zweifel gar nicht anwendbar. Gesetzt, der Eigenthümer der *rudera decisa*, oder *ratis in agrum meum delata* vindizirt ganz einfach, vielleicht sogar ohne der Ursache, wie sie in des Verklagten Bereich gekommen, zu gedenken, soll die Klage als unstatthaft und nicht genügend substantiirt, zurückgewiesen werden, weil es darin an der Bevorwortung fehlt: „sollte etwa ein Schaden entstanden sein, so bin ich bereit, ihn zu ersetzen?" M. E. kann diese blosse Möglichkeit ohne Nachtheil unerwähnt bleiben. Dann aber ist nothwendig der Verklagte in dem Fall, diese Umstände zur Sprache bringen zu müssen, und das ist m. a. W. *exc. doli;* dass aber diese nothwendig zur Zurückweisung der Klage führen müsse, und nicht vielmehr ein, die Herausgabe des Gegenstands gegen Leistung des Versprechens, den Ersatz des erweislichen Schadens leisten zu wollen, aussprechendes Erkenntniss gerechtfertigt sei, vermag ich nicht einzuräumen. Ich glaube also hiernach eine zweite Form des Ret.-R., als einer eigenthümlichen Befugniss im heut. Recht annehmen zu müssen, wie sie der Text darlegt, indem die Analogie der in den gedachten Quellenzeugnissen vorkommenden Fälle keinem Anstand unterliegen dürfte. Ist eine Schadensklage schon durch das Recht selbst begründet, so kann selbstverständlich von Ret.-R. nicht die Rede sein; s. fr. 39. §. 1. *ad Leg. Aquil.*

[81] Daher die häufig vorkommenden Ausdrücke *quasi pignus*, *pignoris loco tenere* und ähnliche, vergl. Schenck a. a. O. S. 59 ff. Einer besonderen Abgrenzung vom Pf.-R. bedarf es natürlich gar nicht. Ebensowenig der Erörterung des Gegensatzes der Kompensation und der *exc. non adimpleti contr. s.* §. 97. II. 4. Das Erforderniss der Liquidität ist lediglich von der Prozessart abhängig, s. Groskopf S. 89. Den im Text gedachten Zweck und Charakter des Ret.-R., sowie seine Eigenschaft als eines accessorischen Rechts leugnet Groskopf bei seiner Anschauung des Wesens desselben gänzlich; wieweit ich diese theile, habe ich in Anm. [75] dargelegt. Es ist ferner einzuräumen, dass das Ret.-R. bei klaglosen Ansprüchen in der Eigenschaft eines accessorischen Rechts so gut wie gar nicht hervortritt, sondern die dadurch mögliche Geltendmachung jener damit zusammenfällt, während es in anderen Fällen sich sehr bestimmt von der Forderung unterscheidet, und neben diese tritt, resp. ohne sie nicht denkbar ist. Indessen kommt auf diesen rein doktrinären Begriff gar nichts an. Dagegen verstehe ich nicht, wie man den Zweck der Sicherung durch das Ret.-R. leugnen will. Groskopf kommt (S. 75.) bei seiner Gegenargumentation darauf hinaus: „Wolle man den in den Quellen gar nicht angedeuteten (?) Zweck der Sicherung schon deshalb im Ret.-R. finden, weil die Sache nicht eher herausgegeben zu werden brauche, als bis der Kläger sich zu den Impensen u. s. w. bereit erkläre, so müsse man auch sagen, der Verkäufer verweigere die Tradition der verkauften Sache, damit der Käufer um so eher zahle." Ganz Recht, und was ist natürlicher? Ist der freilich Eigenthümer, und kann seine eigene Sache ihm nicht zur Sicherheit der Befriedigung wegen des Kaufpreises dienen, wie ein Pfand, so ist es doch ein offenbarer Wortstreit, wenn man verneint, dass der Verkäufer, von dem der Käufer die Sache ohne Zahlung haben will, wenn er ihm diese bis dahin vorenthält, dies um der Sicherung der Zahlung wegen thue, denn, da er verkauft hat, liegt ihm ja doch mehr am Empfang des Preises, als daran, schliesslich die Sache zu behalten, und dem Käufer umgekehrt daran, letztere zu bekommen. Ist also die Vorenthaltung dieser (hier freilich keine „Retention") nicht auch ein Mittel, sich um desto eher der Zahlung zu versichern? Freilich handelt es sich nicht um Sicherung eines Objekts zur Befriedigung (Exekution), aber so ist das Wort „Sicherung" hier auch nie verstanden worden. Dasselbe aber ganz zu vermeiden und anderweit zu umschreiben, wäre ein unnöthiger Zwang, den Groskopf nicht einmal sich selbst anthut, denn S. 76 giebt er zu, „dass das Zurückbehalten dem Retinirenden sein Recht dadurch sichere, dass er das Seinige, resp. die fremde Sache, worin es stecke, deshalb zurückbehalte." Ueber das Ret.-R. im Konkurse gilt dasselbe wie vom sog. qualifizirten (einer übrigens un-

Wie das thatsächliche Verhältniss des Inhabers zur Sache entstanden sei, ist für die Ausübung des Innebehaltungsrechts gleichgültig, es ist unabhängig davon rücksichtlich seines Ursprungs, nur der Dieb kann es nicht geltend machen, (s. §. 52. Anm. [45b]) dagegen sind der Grund des Innehabens und der Unterschied, ob er in schlechtem, oder in gutem Glauben begonnen, von Einfluss auf den Umfang des Aufwands, wofür retinirt werden kann, s. die unter Nr. 1) vorher citirten §§. [82]. Auch die Verbindlichkeit des Inhabers wegen der bezüglich der Sache zu gewährenden Culpa wird nur durch das Verhältniss bedingt, vermöge dessen er die Sache überkommen hat, ohne dass die Ausübung des Retentionsrechts an sich dieselbe besonders charakterisirte. Allerdings aber kann der Ausfall des Rechtsstreits darüber, je nachdem es als begründet anerkannt wird, oder nicht, vermöge der dann wegfallenden, oder eintretenden Folgen des Verzugs Modifikationen in dieser Beziehung herbeiführen; s. §. 93. z. A. und Anm. [73]. und [118]. [83].

Schlüsslich ist noch zu bemerken, dass das Innebehalten einer fremden Sache mit den nach allgemeinen Regeln statthaften näheren Bestimmungen seines Zwecks und sonstiger Modifikationen auch durch Vertrag, sowie durch letztwillige Verfügung des Eigenthümers konstituirt werden kann. Das Weitere darüber verfällt dann der Auslegung dieser oder jenes, indem der Zweck allerdings von einer blossen Zeitbestimmung der Leistung bis dahin reichen kann, dass ein Pfandrecht als bestellt anzunehmen ist [84].

§. 92.
Ort der Erfüllung.

Der Ort, an welchem die Leistung geschehen soll, ist, wenn diese auf unbewegliche Sachen Bezug hat, in der Nothwendigkeit begründet, soweit sie von thatsächlicher Art ist; übrigens aber, also sowohl rücksichtlich der auf unbewegliche Sachen bezüglichen Leistungen von rechtlicher Art, d. i. der Vollziehung von

nützen Eintheilung) beim Pfandrecht, s. §. 71. Anm. [20], vergl. Groskopf S. 92 ff.

[82] Dies versteht sich von selbst. Wenn von der gemeinen Doktrin die *bona fides* allgemein erfordert zu werden pflegt, so ist das eine Folge der unrichtigen Grundanschauung derselben. S. Groskopf a. a. O. S. 86 ff.

[83] Gewöhnlich lautet hier die Lehre so: der Retinent habe im Ganzen bei Verwahrung und Behandlung der *res retenta* gleiche Obliegenheiten wie der Pfandgläubiger. S. dagegen Groskopf a. a. O. S. 81 ff.

[84] Die in Anm. [75] erwähnte ältere Doktrin des Ret.-R. stellt eine Eintheilung desselben *in voluntarium*, d. h. *conventionale* u. *testamentar.* u. *necessarium*, als eine fundamentale an die Spitze der Entstehungsgründe desselben. Wie verwirrend und gründlich falsch dies sei, braucht bei der berichtigten Auffassung des Wesens des Ret.-R. nicht erst dargelegt zu werden. Das sog. *legale* ist vielmehr das alleinige, während die durch Vertrag und Testament eingeräumten Befugnisse lediglich nach ihrem konkreten Inhalt und den allgemeinen Grundsätzen von jenen beurtheilt werden müssen. S. Groskopf a. a. S. 66 ff., der ein in dieser Weise ganz äusserlich geschaffenes Ret.-R. im eigentlichen Sinn darum für undenkbar hält, weil ein solches gar nicht den Zweck habe, zur Sicherheit einer Forderung zu dienen. Auch abgesehen aber von dem Widerspruch, welchen ich in Anm. [81] dieser letzteren Behauptung entgegengesetzt habe, mögte ich doch die Undenkbarkeit nicht behaupten. Denn wenn z. B. ein *malae fidei possessor*, der die Sache wegen blos nützlicher Kosten nicht retiniren dürfte, mit dem Eigenthümer, bevor es zwischen ihnen zum Prozess gediehen, dahin übereinkommt: „er solle erstere nur gegen Erstattung auch dieser herauszugeben brauchen," so ist das Verhältniss m. E. bezüglich der Kosten ganz dasselbe, wie wenn er ursprünglich *bonae fidei possessor* gewesen wäre, und die *exc. pacti* wird hier nothwendig mit der *exc. doli* des letzteren auf Eins hinauskommen. Vgl. z. B. fr. 30. *de Pignor.* (S. jedoch dazu auch dens. S. 83 f.)

Rechtsgeschäften und Bestellung oder Uebertragung von Rechten, soweit dazu nicht die Uebergabe gehört, welche wiederum nur da, wo jene gelegen sind, geschehen kann, als in Ansehung aller anderen Leistungen jeglicher Art ist die Bestimmung des Orts für sie der Willkühr anheimgegeben. Diese ist dann positiv nur in sofern beschränkt, als, wenn er ein unschicklicher für die Leistung wäre, daraus die Ernstlichkeit des Willens bezweifelt werden müsste[1], negativ aber in sofern, als, wenn zu dem Begriff der Bestimmtheit einer konkreten Leistung die Bezeichnung des Orts derselben erforderlich ist, der Mangel dieser die Obligation als ungültig erscheinen lassen muss[2]. Ist nun für eine Leistung die Ortsbestimmung der freien Willkühr überlassen, eine solche aber

a. nicht geschehen, so gilt zwar die Regel, dass die Erfüllung an jedem den Umständen nach für schicklich und geeignet zu betrachtenden Ort geschehen kann[3], aber mit folgenden näheren Bestimmungen:

1) die Umstände und die Natur oder der Gegenstand der Leistung können eine Bestimmung des Orts derselben stillschweigend enthalten, oder als vorausgesetzt erscheinen lassen[4]. Zum grössten Theil ist das von thatsächlicher Natur, und also in Streitfällen Sache der Auslegung der Verträge und des Willens im Besonderen. Auf positiver Vorschrift aber beruht es, dass, wenn an einem gewissen Ort lagernde fungible Sachen Gegenstand einer Leistung werden, deren Erfüllung durch die Uebergabe an diesem Ort vorausgesetzt ist[5].

[1] Ich folgere das mehr aus allgemeinen Grundsätzen; in fr. 39. *de Solut.* ist nur für das Angebot *opportunus locus* erfordert, doch kann daher allerdings eine positive Analogie bezogen werden.

[2] Fr. 2. §. 5. *de Eo quod certo l.*, vgl. §. 83. Anm. 41, 43.

[3] Dieses folgt aus dem in Anm. 1 nach fr. 39. *de Solut.* gedachten Erforderniss für das Angebot der Erfüllung, und im Allgemeinen daraus, dass eine Beschränkung rücksichtlich des Leistungsorts nicht getroffen ist.

[4] Arg. fr. 47. pr. *de Leg. I. verb. vel ubi verisimile est etc.*

[5] Fr. 3. §. 4. *de A. E. verb. nam quod a Brundusio etc.* über die Erklärung dieser Worte s. *Cujac. Op.* T. VII. p. 741., der noch auf arg. fr. 38. *de Judic.* verweist. Nach der letztgedachten Stelle sind legirte bewegliche Sachen da zu leisten, wo sie sich befinden, und nur dann da, *ubi petuntur*, wenn der Erbe sie *dolo malo* verschleppt hat. Für die aus Obl. geschuldeten gilt nach fr. 137. §. 4. *de V. O.* das Gegentheil (s. dazu die Anm. im deutsch. Corp. Jur.), wie auch schon das *arg. e contrario* der vor. Stelle ergiebt. — Nicht als Momente, aus denen an sich auf eine stillschweigende Festsetzung als Erfüllungsort zu schliessen wäre, sind der Wohnort des Schuldners zu betrachten, oder der Ort, wo die Obl. entstanden ist, und namentlich, dass da die Rückgabe erfolgen müsse, wo der Empfang geschehen ist (denn s. fr. 12. §. 1. *Depos.*), wie früher nicht selten angenommen wurde; vergl. darüber Bethmann-Hollweg Versuche, S. 18. Fritz Erl. Bd. II. S. 122. Allerdings aber können mit denselben Umstände in Verbindung treten, welche den Schluss darum rechtfertigen, weil ihnen oder der Natur des Geschäfts gemäss einer jener Orte von beiden Seiten als Erfüllungsort stillschweigend beabsichtigt und vorausgesetzt werden darf. So z. B. muss im Verhältniss zu Handwerkern oder Gewerbtreibenden, welche ihre Geschäfte in einer gewissen Stadt, wo sie ansässig sind, treiben, angenommen werden, dass der Ort der Erfüllung ihrer schuldigen Leistungen im Zweifel ihr Wohnort sein solle, an welchem z. B. Auswärtige sie in Empfang zu nehmen haben. Eine andere Anwendung davon enthält fr. 65. *de Judic.* Ferner z. B. dürfen die Personen, welche aus Verleihen von Sachen ein Gewerbe machen, voraussetzen, dass diese da zurückgegeben werden, wo sie gegeben worden sind; nicht minder ist die Annahme begründet, dass hypothekarisch auf Grundstücke ausgeliehene Kapitalien, wobei, wie partikularrechtlich fast überall eine gerichtliche Eintragung und Bestätigung nöthig ist, und bei der Rückzahlung Quittung und Löschungskonsens erfolgen muss, an dem Ort des Gerichts zurückgezahlt werden sollen.

2) Die Befugniss des Schuldners, nach dieser Regel zu erfüllen, dauert nur so lange, als er sich nicht darauf verklagen lässt, sonst ist der Ort der Klage der der Erfüllung[6]. Sind aber bestimmte Sachen deren Gegenstand, welche sich ohne eine dabei thätig gewesene Arglist des Schuldners nicht an diesem Ort befinden, so können sie da, wo sie zur Zeit der Erhebung der Klage sind, geleistet werden, doch kann der Kläger verlangen, dass deren Lieferung am Ort der Klage geschehe, wenn er die Kosten der Herbeischaffung und die dabei Statt findende Gefahr übernehmen will[7].

b. Wenn der Ort der Erfüllung bestimmt worden ist, so hat es dabei sein Bewenden, und es kann der Gläubiger so wenig fordern, dass sie wo anders geschehe[8], als der Schuldner, dass jener sie anderwärts annehme[9]; nur wenn es für den Gläubiger an einem Interesse, sie an einem anderen Ort nicht anzunehmen, fehlt, muss er sie auch an einem solchen annehmen[10]. Zur Nothwendigkeit wird dieses dann, sobald sich die Leistung wegen eingetretener äusserer Hindernisse nicht an dem bestimmten Ort vornehmen lässt[11], wenn nicht dadurch gar ein die Obligation aufhebender Zufall eintritt. Sind mehrere Orte der Leistung, oder auch alternativ verschiedener Leistungen zur Auswahl bestimmt worden, so steht dem Schuldner in Ermangelung besonderer Beabredung die Wahl zu, so lange er sich nicht verklagen lässt, denn alsdann geht die Befugniss der Wahl auf den Gläubiger über[12]. — Sind mehrere Orte neben einander für eine Leistung bestimmt, so ist diese theilweise daselbst zu leisten[13]. Es ist auch möglich, dass die Bestimmung des Erfüllungsorts nur im Interesse eines von beiden Theilen, des Gläubigers oder des Schuldners, geschehen ist, was freilich immer sicher feststehen muss und nicht vermuthet werden darf; alsdann wäre dadurch nur der andere Theil beziehungsweise in der Leistung an einem anderen Ort, oder in der Forderung, dass sie an einem anderen Ort geschehe, beschränkt. — Durch eine solche Bestimmung wird jedoch der Gläubiger nicht darauf beschränkt, an dem Ort der Erfüllung nöthigen Falls den Schuldner zu

6 Fr. 1. *de Annuis leg.* fr. 4. *de Condict. trit.* fr. 22. *de R. C.* Die beiden letzteren Stellen dienen in sofern als Beweisgründe, als danach der Werth fungibler Sachen nach dem Ortswerth der Klageanstellung geleistet werden soll.

7 Fr. 11. §. 1. *Ad exhib.* fr. 12. §. 1. *Depositi*, von Legaten sagt dasselbe fr. 38. *de Judic.* und fr. 47. pr. *de Leg.* I.

8 Fr. 1. *de Eo quod certo l.;* eigentlich sagt diese Stelle, dass der Gläubiger an keinem anderen als dem Leistungsort klagen könne, darin liegt aber natürlich, dass er auch nur dort darauf, dass daselbst geleistet werde, klagen dürfe. S. auch §. 33. *I. de Act.*, *verb. Loco plus pet.* Die Beschränkung des Gerichtsstands ist schon nach R. R. gemildert, s. Anm. 4.

9 Fr. 2. §. 7. fr. 9. *eod.* fr. 122. pr. *de V. O.*

10 Diese Modifikation wird keinem Bedenken unterliegen, indem mit dem Interesse die Forderung, hier der Leistung, an einem bestimmten Ort erlischt, vergl. auch Unterholzner Bd. I. S. 223 f.

11 Vergl. dens. ebendas.

12 Fr. 2. §. 2. 3. *de Eo quod certo l.* Ueber das Verhältniss dieser beiden §§. zu einander ist Streit, vergl. Glück Komm. Bd. XIII. S. 313 ff. Dieser vertheidigt die schon von Aelteren aufgestellte und jetzt allgemeine Meinung, dass §. 2. nur die Ansicht eines älteren Juristen referire, die in §. 3. berichtigt werde, mit guten Gründen; neuerlich aber nimmt Mühlenbruch §. 466. unter Beitritt von Fritz S. 127 f. an, §. 2. enthalte Ulpian's wahre Ansicht über den darin enthaltenen Fall, und das, was in §. 3. a. E. dagegen gesagt ist, sei blos die Relation einer abweichenden Ansicht eines früheren Juristen. Diese Auslegung ist zu gezwungen, als dass sie auf Beifall wird rechnen können. Dass §. 2. eine für unrichtig erachtete Meinung enthalte, das erhellt sowohl aus der Stellung und Fassung beider, als auch noch daraus, dass §. 2. in die Basiliken nicht aufgenommen worden ist.

13 Fr. 2. §. 4. *de Eo quod certo l.;* es ist also vorauszusetzen, dass sie theilbar sei, widrigen Falls eine andere Auslegung einer solchen Bestimmung zu suchen wäre.

verklagen, sondern es gelten darüber die gewöhnlichen prozessualischen Grundsätze vom Gerichtsstand[14]. Klagt er also an einem anderen Ort, so kann er entweder fordern, dass die Leistung an dem Erfüllungsort geschehe, oder das Interesse mit Berücksichtigung desselben[15] (s. §. 86. II. B. a. 3)); übrigens steht im letzteren Fall dem Schuldner noch die Leistung am Erfüllungsort frei, sobald er dadurch überhaupt dem Gläubiger noch volle Genüge leistet[16].

Eine besondere Bestimmung des Erfüllungsorts kann darin enthalten sein, dass der Gläubiger den Gegenstand der Leistung vom Schuldner abholen, oder dieser sie dem ersteren überbringen soll[17]; dies auch dann, wenn sich beide an demselben Ort, aber in verschiedenen Wohnungen befinden. Ist darüber nichts ausgemacht worden, so muss zwar nothwendig der Schuldner, wenn er erfüllen und es nicht zur Klage oder zu sonstigen Weiterungen kommen lassen will, den Gegenstand zum Gläubiger bringen, und wenn beide einander aus einer gegenseitigen Obligation haften, der den Anfang machen, wer seiner Verpflichtung daraus ledig sein will; daraus folgt aber nicht, dass der Schuldner dazu verpflichtet sei, vielmehr ergiebt sich die rechtliche Nothwendigkeit des Orts der Leistung in Ermangelung jeder Bestimmung darüber erst mit der Anstellung der Klage, und in sofern hat der Schuldner, wenn er es dazu kommen lässt, entscheidenden Einfluss darauf, indem nun der Gläubiger sich hier zu dem Zweck der Annahme stellen, also dem Schuldner deshalb entgegenkommen muss. Eine weitere Beantwortung der Frage, ob im Allgemeinen der Schuldner den schuldigen Gegenstand zum Gläubiger zu bringen, oder letzterer ihn von jenem abzuholen habe, ist nicht möglich.

[14] Fr. 19. §. 4. *de Judic.* Erfüllungsort und Gerichtsstand dürfen nicht verwechselt werden, wenn auch am ersteren eine Art des zweiten Statt findet; vergl. Bethmann-Hollweg Vers. S. 17. 35 ff. 46. Die *condictio certi* konnte sogar nur dort angestellt werden, *forum contractus* in diesem Fall, s. fr. 3. *de Reb. auct. jud.* fr. 21. *de O. et A.* Für *str. jur. obl.* auf ein *certum* wurde diese Nothwendigkeit gemildert durch die *a. de eo quod certo loco;* für *b. f. obl.* genügte vermöge ihrer Natur die Kontraktsklage, s. fr. 1. 2. §. 1. fr. 3. 4. §. 1. fr. 5. 6. 7. 8. *eod.* fr. 16. §. 1. *de Pecun. const.* (Ueber die Einzelheiten nach Verschiedenheit der Umstände rücksichtlich der prozessualischen Gestaltung s. Unterholzner a. a. O. S. 355.) Aehnlich war es bei *str. jur. obl.* auf ein *incertum*, fr. 43. *de Judic.* (fr. 4. *de cond. trit.* fr. 22. *de R. C.*, vergl. Fritz S. 125 f.). Diese Verschiedenheit ist jetzt ohne Bedeutung, was wegen gleichmässiger Benutzung der auf sie bezüglichen Stellen neben einander zu beachten ist. Nur der bestimmte Erfüllungsort gehört zum Inhalt der Obl., die Lehre vom Gerichtsstand und darunter auch des *fori contractus* gehört in den Prozess.

[15] S. die in vor. Anm. cit. Stellen; das erste folgt namentlich aus der Eigenschaft der Klagen als *arbitrariae*, das zweite ist ein Moment für die Berechnung des Interesses. Dass heutzutage darauf, dass an dem bestimmten Erfüllungsort geleistet werde, direkt geklagt werden, auch die Verurtheilung so ausfallen könne, versteht sich von selbst. Das fr. 4. §. 1. *de Eo* etc. ist in Ansehung der Bestimmung, dass gegen Kaution, *de pecunia ibi solvenda ubi promissa est*, Freisprechung des Schuldners erfolgen könne, nur auf den Formularprozess bezüglich, und kein praktischer Gebrauch davon zu machen. Bei der Berechnung des blossen Werths schuldiger Sachen kann es hier auch darauf hinauskommen, dass der Schuldner, wenn jener am Ort der Leistung niedriger im Preis steht, eine geringere Summe zu zahlen hat, s. §. 86. Anm. [25] a. E.

[16] S. §. 93. II. A. 1. z. A. vergl. mit I. 3., bei Anm. 8. Im anderen Fall bleibt es bei der Regel, dass am *locus solut.* zu zahlen sei.

[17] Nur ist mit dieser Nebenbeabredung nicht eine etwa in Verbindung gesetzte selbstständige Verpflichtung über den Transport schon geleisteter Sachen zu verwechseln.

§. 93.

Vom Ausbleiben fälliger Leistungen und dem Verzug.

Mit dem Augenblick, wo die Leistung vom Schuldner gefordert werden kann, ist, wenn sie nicht geschieht, oder andererseits nicht gefordert, oder angeboten nicht angenommen wird, ein Einfluss auf das Verhältniss zwischen Gläubiger und Schuldner möglich, wodurch dieses entweder in seiner Existenz oder in seinem Umfang mehr oder minder modifizirt wird. Die einzelnen Aeusserungen desselben aber sind je nach Verschiedenheit von Umständen sehr verschieden, und treten zunächst unter die beiden Begriffe der Ueberschrift auseinander [1]. Unter dem ersteren ist die blosse Thatsache der Nichterfüllung dessen, was er schuldig ist, von Seiten des Schuldners zu verstehen, also ohne Rücksicht auf die Veranlassung dazu, und namentlich ohne eine ihn dabei treffende und anzurechnende Schuld [2]; unter dem zweiten aber, dem Verzug, *mora* [3], welcher sowohl auf den Schuldner, nämlich im

[1] Diese beiden Begriffe, welche in fr. 17. §. 4. *de Usur.* als *tardius inferre pecuniam* und *mora* einander gegenüberstehen, sind von Wolff, Mora, Gött. 1841. als Grundgedanken seines Buchs, in der objektiven und subjektiven *mora* einander gegenübergestellt. Er nimmt an, und erkennt darin ein Mittel zur Lösung vieler Zweifel und Schwierigkeiten der Lehre von der *mora*, dass die Quellen von diesen zwei Arten derselben reden, während sie sich nur dieses gemeinschaftlichen Ausdrucks dabei bedienen. Abgesehen davon, ob diese Bezeichnungen richtig oder angemessen seien, so ist zwar das Wesen des darunter begriffenen Unterschieds vollkommen gegründet, und auch von doktrinell-systematischer Wichtigkeit, allein der Beweis seiner Auffassung als Doppelart der *mora* aus Stellen, welche überhaupt von *mora* reden, (wodurch die positive Begründung der Lehre von der wahren *mora* ohnehin sehr gefährdet werden muss, indem eine willkührliche Behandlung und Benutzung der einzelnen Stellen beim Mangel eines bestimmten Unterscheidungs-Kennzeichens unvermeidlich ist) ist vom Verf. nicht geführt, s. den überzeugenden Gegenbeweis bes. in d. A. Lit. Zeit. von 1842. S. 179 ff. 345 ff. (Benfey) sowie in d. Jenaischen A. L. Z. 1842. S. 366. (Heumann) und in d. Lpzgr. krit. Jahrbb. Bd. 13. S. 7 ff. (Liebe) jetzt auch Mommsen, Beitr. z. Obl.-R. 3. Abthl. §. 11. und Brackenhoeft in d. Ztschr. N. F. Bd. XV. H. 1. und 2. Hierzu vergl. noch Anm. [3] bes. die zweite Hälfte. Im Wesentlichen nahe verwandt der W.'schen ist die Unterholzner'sche Unterscheidung des verschuldeten und unverschuldeten Verzugs, s. Anm. [50] und vorzüglich darin bedenklich, dass U. den deutschen Ausdruck Verzug (und Folgen desselben) auf Voraussetzungen anwendet, — die blosse Fälligkeit, — welche man bisher nicht darunter begriffen hat.

[2] Vergl. Anm. [5].

[3] *Mora* kommt in den Quellen in verschiedener Bedeutung vor, so: 1) für einen Zeitraum überhaupt, z. B. in fr. 51. *de Peculio*, besonders in Bezug auf einen Aufschub, fr. 1. §. 1. *de Leg.* II. fr. 7. pr. *Quando dies* (s. noch a. E. dies. A.). 2) Die gewöhnliche Bedeutung ist die der Verzögerung einer Leistung, aber unter verschiedenen Gestaltungen, nämlich sowohl wenn Zufall die Veranlassung gewesen ist, fr. 13. 26. §. 3—5. *de Fidcss. libert.*, *fortuita mora* genannt, als wenn dieselbe eine willkührliche ist. Mit dieser letzteren Voraussetzung gewinnt der Begriff seine technische Gestalt, nämlich in der Aeusserung bestimmter nachtheiliger Folgen, und zwar in vorzugsweisem Bezug auf den Schuldner, da für den Gläubiger nicht eigentlich eine Pflicht zur Annahme der Leistung besteht, es vielmehr von ihm abhängt, ob er von seinem Recht Gebrauch machen will, s. Anm. [50] II. Doch kommt auch hier noch der Begriff sowohl auf den Schuldner, in sofern die *mora* keine rechtliche Existenz und Wirksamkeit hat, s. z. B. fr. 24. pr. *de Usur.* fr. 127. *de V. O.*, wie auf den Gläubiger bezogen vor, der von seinem Recht keinen Gebrauch macht, ohne dass für ihn daraus eine nachtheilige Folge entsteht, s. z. B. fr. 38. §. 6. *in f. de Usuris* (fortan h. t. cit.) fr. 19. *de Vi.* Alle diese aufgezählten besonderen Bedeutungen sind jedoch nur als Ausnahmen zu betrachten und finden sich vereinzelt und selten. Die regelmässige ist die eigentlich technische Bedeutung derjenigen Säumniss von

Leisten oder Zahlen (mora solvendi) wie auf den Gläubiger, nämlich im Annehmen der ihm geschuldeten Leistung (mora accipiendi), bezogen wird, ist für den ersteren die an ihm liegende und trotz geschehener Mahnung fortdauernde Säumniss mit der

Handlungen in Bezug auf ein obligatorisches Verhältniss nach vorgängiger Mahnung, wodurch, um hier kurz zu sein, die eigenthümlichen Folgen und Wirkungen eintreten, welche mit dem Begriff der *mora* verbunden werden, und den vorher erwähnten Fällen derselben fremd sind. Dies beweisen alle die zahllosen Stellen, in welchen die *mora* als Ursache dieser Wirkungen vorkommt; beispielsweise können hier nur genannt werden fr. 173. §. 2. *de R. J.* und alle Stellen des Titels *de Usuris et mora* mit Ausnahme der vorher citt., worin von *mora* die Rede ist. S. auch Benfey a. a. O. S. 190. Diese *mora* ist denn auch regelmässig unter dem in den Quellen sehr häufigen Ausdruck: *per eum stetit*, oder *factum est*, zu verstehen, was wegen deren Benutzung nicht zu übersehen ist, s. Anm. [50], doch kommt derselbe auch in allgemeinerer Bedeutung, namentlich von der Möglichkeit gebraucht vor, vergl. §. 80. Anm. [35] und s. auch Wolff a. a. O. S. 60. Für die Bestimmung des Begriffs entsteht die Frage, ob diese Säumniss eine schuldvolle, d. h. eine solche sein müsse, welcher eine dem Säumigen anzurechnende *culpa lata* oder *levis* zu Grunde liege? Ihre Beantwortung s. Anm. [50]. Ist nun dieselbe im Allgemeinen zu verneinen, so fragt es sich ferner, woran in den Fällen, in welchen keine *culpa* vorliegt, erkannt werden soll, ob eine *mora* oder nur ein einfaches Ausbleiben der Leistung, welches nicht in diesen Begriff übergeht, vorhanden sei? (Wer die erste Frage bejaht, für den entsteht die zweite nicht.) Als Merkmale der *mora* dienen aber deren anderweite Voraussetzungen, nämlich vor Allem, dass sie erst durch Interpellation entsteht, während die Fälligkeit der Forderung in der Regel auch ohne solche eintritt. Für die Fälle ferner, wo *mora* keine Interpell. erfordert (s. im Text Nr. II. A. 2. b.), wird der Anfangspunkt dieser letzteren meist (doch nicht nothwendig) mit dem der Fälligkeit zusammentreffen, übrigens aber durch die Existenz des bedingenden Ereignisses der Begriff selbst kenntlich sein. Dabei verhält es sich dann mit dem bestimmten *dies solutionis* so, dass für Den, wer die Regel, dass er *pro homine* interpellire, annimmt, allemal die *mora* mit der Fälligkeit zugleich eintritt, für den, wer sie leugnet, nur die letztere. Sobald nun aber die *mora* hiernach als eingetreten erscheint, hat die Verzögerung der Leistung allemal die Folgen der *mora*, sobald nicht wiederum dagegen Entschuldigungsgründe vorhanden sind. Doch können diese ihrerseits natürlich nicht die Folgen der Fälligkeit abwenden. — In Verbindung hiermit steht es endlich, dass in drei Stellen: fr. 8. *Si quis caut.* fr. 40. *de R. C.* und fr. 9. §. 1. *h. t.* *mora* für den Umstand vorkommt, dass der blosse für die *oblig.* bestimmte *dies* vorübergegangen ist. Wer die vorhergedachte Regel annimmt, erkennt darin natürlich eine wahre *mora*. Verneint man sie aber, so scheint zugegeben werden zu müssen, dass in ihnen die blosse Fälligkeit *mora* genannt wird, es würde also zu den vorgedachten besonderen Bedeutungen dieses Ausdrucks noch eine hinzukommen, und zugleich könnte es bedenklich scheinen, nunmehr eine (eigentliche) *mora* ohne *culpa* anzunehmen, vielmehr eine zwiefache Art derselben unterschieden werden zu müssen, mit und ohne *culpa*, aber von völlig heterogener Natur, nämlich so, dass die letztere eben nur mit der Fälligkeit identisch wäre. Man würde somit auf den Wolff'schen Standpunkt zur Uebersicht dieser Lehre (s. Anm. [1]) geführt sein, und in der That ist derselbe mit auf diese Stellen gestützt. Zwar führt W. dazu noch eine ungleich grössere Zahl von Stellen an, worin *mora* dieselbe Bedeutung haben soll. Indessen hat Benfey a. a. O. S. 185 ff. den Beweis geführt, dass in allen bis auf jene drei die eigentliche *mora* gemeint und zu verstehen ist, und nicht blosse Fälligkeit der Forderung. Gewiss würde nun auch schon dessen Bemerkung ausreichen, dass, wenn für die drei Stellen eine besondere, also jene identische, Bedeutung angenommen werden müsste, dies gegen die unzähligen anderen, in denen *mora* in der bisher allgemein anerkannten Bedeutung vorkommt, ohne alles Gewicht sein würde, und sich daraus nicht ein technischer Sprachgebrauch für Fälligkeit der Forderung konstatiren lasse. In der That aber spricht, wenn man die einzelnen genauer untersucht, nicht nur nichts dagegen, sondern der Inhalt und ganze Zusammenhang dafür, *mora* in der ersten Stelle einfach für Aufschub oder Zeitablauf, wie in den Stellen Nr. 1) z. A. dies. Anm. zu verstehen. Die Fälligkeit des Versprechens kann darum gar nicht gemeint sein, weil dadurch doch nach einigen Ta-

schuldigen Leistung zu verstehen, für den letzteren aber die grundlose Verweigerung der Annahme der Leistung, wodurch für diesen wie für jenen besondére Nachtheile entstehen [4]. Es ist sehr wohl möglich, dass beide Begriffe gleichzeitig eintreten, und der erste ist im zweiten, auf den Schuldner bezogen, allemal enthalten; nichts desto weniger müssen beide um ihrer eigenthümlichen Folgen willen, deren beim

gen (wovon die Stelle spricht) *jus actoris deterius fieri non potest.* In der dritten Stelle kann *mora* ebenfalls nur Aufschub ohne bestimmte nähere Bedeutung heissen, Fälligkeit der Forderung aber gewiss nicht, weil die *mora* in dem vorausgesetzten Fall, dass sich Niemand für den verstorbenen Gläubiger findet, dem an dem bestimmten Tag gezahlt werden könne, eine *inculpata* genannt wird; wie sollte dieser Begriff mit jenem überhaupt in eine Verbindung treten können? In der zweiten Stelle endlich heissen die Worte *moram facere* allerdings: zur rechten Zeit nicht bezahlen; allein damit ist in der That nichts als diese besondere nicht technische Bedeutung (wohl zu merken, wenn die Regel *dies interp. pro homine* falsch ist) für diesen Fall gewonnen, ohne dass daraus ein Argument für dieselbe auch in anderen Fällen entnommen werden kann, welche eine andere, nämlich die technische Bedeutung zulassen. — Aus dem Inhalt dies. Anm., sowie aus dem Streit, ob zur *mora culpa* erforderlich sei (s. Anm. [50]), erklärt sich übrigens die Schwierigkeit einer erschöpfenden Definition von *mora* vollkommen, sowie dass eine solche schon früh für unmöglich gehalten worden ist, s. Madai, *Mora*, §. 1. Wolff S. 246. und bei diesen die Dogmengeschichte. In der That muss auch die Definition sogleich in zwei zerfallen, für den Schuldner und den Gläubiger; denn die beide umfassende (M.'s S. 14.), „die dem Säumigen zurechenbare, also eine *culpa* enthaltende Säumniss bei Erfüllung einer obligat. Verbindlichkeit," ist, abgesehen von dem Erforderniss der *culpa*, in der letzteren Voraussetzung falsch, weil sie auf den Gläubiger nicht passt, s. Anm. [50], vergl. Schilling a. a. O. S. 221. Mit der Substitution allgemeinerer Ausdrücke, wie etwa: jede Säumniss mit einer Handlung, die sich auf eine Obl. beziehe, kann ich nichts für gewonnen erachten. Dagegen bin ich der Meinung, dass man vollkommen berechtigt ist, für *mora debitoris* nach fr. 32. pr. *h. t.* die Mahnung in den Begriff aufzunehmen; vergl. Anm. [49]. Das führt nun noch zu der Frage, worin der innere Grund dieser scheinbaren blos positiven Anordnung, welche zur Grundlage der *mora* wird, und der der eigenthümlichen Folgen der letzteren bestehe? Benfey S. 358. findet das Erforderniss der Mahnung, wie der *oblatio* zur Begründung der *mora cred.*, für alle die Obl., zu deren Erfüllung eine Konkurrenz des Gläubigers und Schuldners nothwendig ist, in der Natur der Sache begründet, weshalb denn bei *obl. non fac.* so wenig wie von Mahnung, auch von *mora* keine Rede, und bei den auf ein Thun gerichteten dies wenigstens fraglich sei (s. Anm. [72]). Mit der Konkurrenz zu jenem Zweck hat es seine Richtigkeit, mit den *obl. non fac.* vermöge deren Natur ebenfalls (s. ebendas.), indessen kann ich darum doch die Mahnung auch da nicht für überflüssig halten, wo die Erfüllung ohne solche Konkurrenz möglich wäre, z. B. beim Mandat. Mir erscheint die Mahnung an sich als eine nothwendige positive Willensäusserung, wenn die Leistung ausbleibt, dass man diese nun wirklich verlange; die strengeren und dem Schuldner lästigeren Folgen der nun dennoch fortgesetzten Zögerung bedürfen, da sie rechtlich positiv feststehen, zwar keines inneren Erklärungsgrunds, doch fehlt es auch an einem solchen nicht, indem die Vorenthaltung der Leistung, nachdem der Gläubiger seinen gedachten Willen positiv und bestimmt zu erkennen gegeben hat, einen höheren Grad der Rechtsverletzung in sich begreift, als so lange jene nur fällig war. Denn die Erfahrung lehrt, und die Umstände bringen es meist mit sich, dass mit dem Ausbleiben einer fälligen Leistung nicht gerade immer für die Gläubiger auch sofort Nachtheile eintreten, dass dieselben vielmehr Nachsicht zu üben pflegen, indem es ihnen auf einigen Aufschub nicht ankommt; dagegen gewinnt das Verhältniss ein offenbar verschiedenes Ansehen, sobald der Gläubiger durch Mahnung dem Zwischenzustand ein Ende macht, denn nun tritt die Gewissheit ein, dass die Säumniss den Charakter einer Rechtsverletzung annimmt, was sie bisher wenigstens in der eingetretenen Wirkung vielleicht noch gar nicht war, wiewohl der möglichen Folgen wegen in rechtlicher Hinsicht allerdings der blossen Nichterfüllung schon diese Eigenschaft beigelegt werden muss.

[4] Fr. 173. §. 2. *de R. J.* fr. 37. in f. *Mandati.*

Verzug viel wichtigere und weiterreichende vorkommen, auseinandergehalten werden.

I. Die Nichterfüllung der fälligen Forderung als einfache Thatsache bedarf als etwas Negatives in ihrer Erscheinung keiner näheren Bestimmung, sondern es genügt dazu an der Bemerkung, dass ein Mangel, eine Unvollständigkeit daran dieselben Wirkungen, auf welche es hier ankommt, äussert. Es muss also m. a. W. nicht das geschehen sein, was den Begriff der Erfüllung herstellt, s. §. 90. Der Begriff der Fälligkeit ist §. 91. entwickelt worden.

1. Das Ausbleiben der Erfüllung der Forderung, welche und sobald jene der Obligation gemäss geschehen sollte, und die letztere geltend gemacht werden kann[5], hat diese Wirkungen zur Folge:

1) dass nunmehr Klage angestellt werden kann, indem *actio nata* ist[6]; die einzelnen Gestaltungen dieses Moments vermöge der Natur der Rechtsverhältnisse sind unter Berücksichtigung der darauf einflussreichen Umstände für die besonderen Obligationsarten in der Lehre von der Klagenverjährung §. 31. II. A. erörtert worden. In unmittelbarer Verbindung hiermit steht:

2) dass von da an die Klagenverjährung läuft, s. ebendas. II. A. 2.

3) Der Inhalt der Klage regelt sich nach den Grundsätzen des §. 90., und in sofern nunmehr anstatt der eigentlichen Leistung das Interesse gefordert werden kann, ist auch hierin eine Wirkung der Nichterfüllung enthalten, indessen ist darüber noch folgendes Nähere zu bemerken. Der Umfang des Interesses ist zwar nach den gewöhnlichen Regeln und Voraussetzungen desselben, und soweit die Wirksamkeit seiner thatsächlichen Grundlage durch die Nichterfüllung herbeigeführt

[5] Unterholzner a. a. O. S. 117. unterscheidet die nach strengem Recht und die nach den Grundsätzen der *bona fidės* eintretenden Folgen des Verzugs, und zählt demnach zu den ersteren im Wesentlichen die oben im Text folgenden, und zu den zweiten die, welche nach der diesseitigen Auffassung dem Verzug allein beigelegt werden; s. jedoch Anm. [22]. Wenn er jedoch für die letzteren in der Regel einen „gewissenlosen," Verzug erfordert, der nach ihm (S. 108.) noch über dem verschuldeten steht, so kann ich damit nicht übereinstimmen, s. Anm. [50]; wenn er aber dann für die ersteren zwar nur „das Vorhandensein eines Verzugs im weiteren Sinn" voraussetzt, d. h. nach ihm Ausbleiben einer fälligen Leistung (S. 108.), also streng genommen auch nur einen unverschuldeten, „in sofern jedoch diese Strenge bei völliger Schuldlosigkeit gemildert werde, wenigstens eine irgendwie verschuldete Zögerung hinreichend" findet, so mögen zwar beide Sätze nebeneinander schon nicht verträglich sein, allein ich kann mit dieser Beschränkung so wenig wie mit ihrem Grunde einverstanden sein, indem, wenn der Begriff der Verschuldung hier völlig gleichgültig ist, auch der eines Entschuldigungsgrunds in keinen Betracht kommen kann. Dass nun *culpa* für das Fälligwerden und das Ausbleiben einer fälligen Leistung kein Erforderniss sei, ergiebt sich für die vertragsmässigen Folgen (im Text Nr. 8,) aus der Natur ihrer Voraussetzung als einer Bedingung, von den übrigen versteht es sich für Nr. 1, 2, 4, und 7, von selbst, wie Niemand bezweifeln wird, auch fr. 137. §. 4. *de V. O.* und Unterholzner S. 117. I. selbst; für Nr. 5) daraus, dass in den bezüglichen Stellen (s. Anmm. [17], [18]) das Recht des Verpachters nicht von *culpa* des *conductor* abhängig gemacht ist, vgl. Wolff S. 177 ff., für Nr. 6) daraus, dass in den dazu gehörigen Stellen einfach der Eintritt des Termins den Zinsenlauf beginnen lässt, und für Nr. 3) endlich daraus, dass nicht nur nirgends *culpa* erfordert wird, sondern in der That deren Erforderniss mit dem Abschneiden der Klage, deren Nativität nach Nr. 1) (fr. 137. §. 4. *d.*) sich gar nicht bezweifeln lässt, auf Eins hinauskommen würde. Vergl. Arndts Pand. §. 251. Anm. [7].

[6] Fr. 59. 137. §. 4. *de V. O.* s. noch Anm. [7]. Beiläufig sei hier die prozessualische Bemerkung hinzugefügt, dass dazu keine Mahnung vorher erforderlich ist, s. Sintenis Erl. Bd. I. S. 286 ff., dort auch über die Folgen, wenn der Verklagte sofort zur Befriedigung des Klägers bereit ist.

wird, zu berechnen, er hängt aber übrigens von folgenden Umständen ab [7]. Hat die unmittelbare Leistung des Inhalts der Obligation auch später noch denselben Werth für den Gläubiger, und ohne dass ihr bisheriges Ausbleiben ihm einen mittelbaren Nachtheil bereitet hat, so steht derselben anstatt des Interesses, welches für diesen Fall übrigens nur einfach den absoluten Werth enthalten kann, nichts ent-

[7] Hier ist Wolff S. 89 ff. vgl. mit S. 63. u. 110. 123 f. in sofern a. M., als er in diesem Fall nur das von ihm sog. Surrogatinteresse, nicht das accessorische, welches ausser dem ursprünglichen Objekt der Obl. oder dessen Surrogat zu prästiren sei, als Inhalt der Forderung betrachtet, also nur soweit es das eigentliche Objekt ersetzt, während das zweite nur bei eigentlicher *mora*, — also, nach Wolff's Ansicht, einer kulposen, s. Anm. [50] — soll gefordert werden können. Ich finde aber zu dieser Beschränkung im Allgemeinen mit Benfey a. a. O. S. 359. keinen Grund in den Quellen; ja, da Wolff S. 124. die Grösse des Surr.-Int. damit identifizirt, wieviel die Leistung, wenn sie zur rechten Zeit (resp. überhaupt) geleistet worden, für den Gläubiger werth gewesen wäre, so sehe ich in der That keinen wirklichen Unterschied vom gewöhnlichen einfachen Interesse. (S. auch die Beispiele zu der 2ten u. 4ten Obl.-Art. nachher.) Hierzu kommt Folgendes. Die Klagen auf das Interesse werden an sich nicht von *mora* abhängig gemacht, sondern vielmehr einfach mit der Nichtleistung als rechtlich möglich anerkannt, und das Interesse ohne alle Beschränkung, mithin in seiner vollen Ausdehnung, soweit es nicht die *mora* ausdrücklich erweitert, verstanden, s. z. B. fr. 1. pr. *de A. E.* fr. 9. pr. *Locati*, fr. 15. §. 1. fr. 24. §. 2. *eod.* fr. 14. 59. 60. *de V. O.* Die erste Stelle erkennt sogar ausdrücklich die Ueberschreitung des Werths als mögliches Interesse an. (S. noch nachher bei den vier einzelnen Obl.-Arten.) Es werden auch die *fructus* schlechthin als zum Inbegriff der Klage aus *b. f. jud.* gehörig aufgeführt, s. fr. 38. §. 8. 9. 15. *h. t.* — Wolff unterscheidet nun aber noch ferner das Recht, das sog. Surr.-Int. zu fordern, in formell prozessualischer und in reeller Hinsicht, nämlich je nachdem die Verurtheilung noch durch Leistung des eigentlichen Objekts später abgewendet werden konnte, oder nicht; letzteres treffe nur bei *obl. non faciendi*, *faciendi*, und solchen, deren Leistung an einem bestimmten Ort oder nur zu einer bestimmten Zeit habe geschehen sollen, zu. Auch hierüber kann ich mit Wolff nicht Einer Meinung sein. Für die erste dieser vier Obl.-Arten unterliegt die Richtigkeit dieser Bemerkung allerdings keinem Zweifel, da *facta infecta fieri nequeunt*, allein ebensowenig die, dass das Interesse hier in Ansehung seines Umfangs nicht geringer als, bei sonst feststehenden faktischen Voraussetzungen, nach den allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen sei; Wolff's Beispiele selbst bestätigen auch, dass ein verschiedener Umfang hier nicht einmal gedacht werden kann. Denn wenn A. dem Nachbar B., der einen Kramladen hat, verspricht, sein Haus an keinen Krämer zu verkaufen, und selbst oder sein Erbe es doch thut, so muss sich doch B.'s Interesse gerade auf das *lucrum cess.* mit ausdehnen; in Fällen dagegen, wie fr. 2. §. 5. *de V. O.*, wo nicht eine, sondern mehrere Zuwiderhandlungen denkbar sind, kann das Interesse sich gerade nur auf den einen Behinderungsfall erstrecken, nicht auf den Werth der ganzen Obl., mithin kann von einem Surrogat für sie selbst nicht einmal die Rede sein. Wolff's ganze Ansicht in dieser Beziehung scheint überhaupt daraus hervorgegangen zu sein, dass *quanti res est* nur eine Art der absoluten *aestimatio* bedeute, während darunter je nach den Umständen auch das volle Interesse zu verstehen ist, s. §. 86. Anm. [5]. — Für die zweite Obl.-Art (*faciendi*) führt wegen der Unmöglichkeit des Zwangs zum Handeln die Nothwendigkeit allerdings zuletzt zur Forderung des Interesses, indem (jetzt wenigstens) auf die Handlung selbst geklagt, diese aber nicht erzwungen werden kann (s. §. 90. z. A.), wiewohl auch hier gleich von Anfang an auf das Interesse immer noch geklagt werden darf; allein warum die später noch vorzunehmende Handlung nicht gestattet sein soll, wenn sie die Klage auf das Interesse erledigen kann, also sobald sich dieses nicht aus hinzugetretenen Gründen (mittelbarer Schaden) erweitert hat, sondern durch jene vollkommen befriedigt wird, dafür sehe ich so wenig einen Grund, wie dafür, warum das *Int.* andererseits hier in irgend einer Weise beschränkt werden müsse. Letzteres darf aus dem Vorherigen als bewiesen vorausgesetzt werden; um hier noch Beispiele anzuführen, so ist in fr. 43. *de Judic.* u. fr. 95. *de V. O.* das Interesse in keiner Weise beschränkt auf den Werth der *insula*, der ja auch mit dem

gegen[8]. Hat dieselbe an Werth verloren oder ist ein mittelbarer Schaden eingetreten, so braucht sie der Gläubiger nicht mehr anzunehmen, und es bestimmt und vergrössert sich hiernach das Interesse[9]. Hat der Schuldner von einem zu leistenden Gegenstand seit der Fälligkeit der Leistung Früchte, Nutzungen oder einen sonstigen Gewinn gezogen, so gebührt dieses nicht ihm, sondern es muss dem Gläubiger mit herausgegeben werden[10]. Ist die Leistung ganz unnütz geworden, so

Interesse leicht ausser allem Verhältniss stehen könnte. In Ansehung des Ersteren hingegen bezeugt fr. 84. *de V. O.* zwar scheinbar allerdings für das R. R., jedoch auch nur für *str. jur. a.* (worin vielleicht allein schon der Schlüssel liegt, s. Benfey a. a. O. S. 347.) das Gegentheil von der *lit. cont.* an, indessen kann ich diese Stelle an sich schon nur mit der Beschränkung verstehen, dass dem Gläubiger nun nicht mehr daran gelegen sei, dass die Handlung (*insulam fieri*) geschehe, vergl. Glück Komm. Bd. IV. S. 427. warum soll sie aber nicht, wäre selbst diese Annahme unzulässig, unter dem Einfluss der generellen Bestimmung des §. 2. *I. de Perpet. et temp. act.* (*Gai.* IV. §. 114.) verstanden werden? Denn *satisfacere* lässt sich doch nicht blos von der Leistung des Interesse verstehen, und die Bevorwortung, dass die Beurtheilung deshalb dem *officio jud.* zustehe (coll. fr. 73. *de Procur.* vergl. *Schrader Comment.* ad §. cit.) begreift ohnhin jede Art der *satisfactio*, schliesst aber auch natürlich die Berücksichtigung der Frage in sich, ob dem Kläger überhaupt noch damit gedient sei. S. überhaupt über die Zulässigkeit der späteren unmittelbaren Leistung bis zum Urtheil Keller Lit. Cont. §. 22. bes. S. 180 ff. — Für die dritte Art von Obl. gilt das zuletzt Gesagte wegen der noch möglichen unmittelbaren Leistung vermöge der Allgemeinheit des dafür angeführten Beweisgrunds. Wenn aber gerade bei dieser noch Wolff (S. 109.) eine scharfe Unterscheidung des sog. Surrogat- und anderweiten Interesses anerkannt zu finden glaubt, so kann ich das eben so wenig zugeben, denn dass und in wiefern in fr. 2. pr. §. 8. u. fr. 3. *de Eo quod certo l. culpa* resp. vorausgesetzt sei oder nicht und danach dem Interesse ein engerer oder weiterer Umfang gesetzt worden, davon vermag ich in diesen Stellen auch nicht einmal eine Andeutung zu finden. Vergl. auch Benfey S. 348 f. Von der vierten Klasse endlich giebt Wolff (S. 115. u. 117. 119.) selbst zu, dass Erfüllung noch zulässig sei, so lange *res integra* sei, d. h. sie noch für den Gläubiger den vollen Werth habe (woher hier diese Inkonsequenz?), allein ebenso wenig wie bisher kann hier die Leistung des vollen Interesses anstatt des vermeintlichen Surrogat-Int. bezweifelt werden. Um hier bei Wolff's eigenem Beispiel stehen zu bleiben, dass, wenn ein zu einer bestimmten Stunde gedungener Lohnkutscher auch etwas später komme, so lange nur noch *res integra* sei, seine Leistung noch angenommen werden müsse, — so fragt es sich, worin für den entgegengesetzten Fall das Surr.-Interesse bestehen solle? Würde nun nicht, wenn der Besteller inzwischen Extrapost zu nehmen genöthigt gewesen, um seinen Reisezweck zu erreichen, der Kutscher die Differenz des höheren Preises für diese zu zahlen gehalten sein? s. auch c. 10. *de A. E.* Hätte dagegen der Besteller eine wohlfeilere Gelegenheit gefunden, oder seine Reise aufgegeben, so würde von einem Surr.-Int. mit dem Verschwinden alles Interesses keine Rede sein können. — S. auch noch die Anm. [9] ff.

[8] §. 2. *I. de Perp. et temporal. act.* und vgl. vor. Anm. Der Gläubiger kann also für diesen Fall die unmittelbare Leistung nicht ablehnen, nur wird es freilich darauf ankommen, dass sie für ihn wirklich den vollen und unversehrten Werth habe, widrigen Falls kann er allerdings bei der auf das Interesse erhobenen Klage stehen bleiben. Sollte er seinen Klageantrag nicht auf dieses, sondern auf jene unmittelbar gestellt haben (s. §. 90. z. A.), so folgt das um so mehr, nur würde daneben noch ein etwaniger Schadesnersatz in Betracht kommen. Für mehrere einzelne Obl.-Arten ist dies schon in der vor. Anm. dargethan worden; für andere, namentlich, wo es auf ein *restituere* oder *exhibere* ankommt, ist selbst nach R. R. nie ein Zweifel daran gewesen, so wenig wie für die *in rem actt.*, s. Keller a. a. O. S. 184.

[9] Unter dieser Voraussetzung nämlich ist die unmittelbare Leistung nicht von der Art, dass sie die Schuld wirklich und vollständig auflöste, daher bekanntlich die Restitution einer Sache im verschlechterten Zustand nicht für eine solche erachtet wird. (Vgl. fr. 3. §. 1. *Commodati.*)

[10] Fr. 38. §. 8. 9. 15. *h. t.* fr. 13. §. 18. *de A. E.* fr. 23. *eod.* vgl. auch Unterholzner a. a. O. S. 124. 4. u. Mühlenbruch §. 372.; letzterer

kann zwar unter allen Umständen ein etwaniges Interesse gefordert werden [11], dieses kann jedoch auch in der blossen Auflösung des ganzen vertragsmässigen Schuldverhältnisses, also in dem Recht, von dem Schuldverhältniss zurückzutreten und es als aufgehoben zu betrachten, bestehen, namentlich wenn der Gläubiger zu einer Gegenleistung verpflichtet war [12]. — Dagegen kann das Interesse durch den Verzug einen noch weiteren Umfang erlangen, besonders auch durch den Begriff der Verzugszinsen, s. II. A. 1. 1) [13], und demnächst ist nicht zu übersehen, dass es nicht

statuirt in sofern einen Unterschied, dass, nach einigen der z. A. der Anm. [33] cit. Stellen, die Verpflichtung zur Herausgabe der Früchte bei den nach Art der *b. f. jud.* zu behandelnden Klagen aus Testamenten nur mit der *mora* erst beginne, während es übrigens dieser dazu nicht bedürfe. Dies scheint, bes. nach fr. 35. *h. t.*, allerdings gegründet, worin ein Unterschied zwischen den *fetus* und dem *incrementum* gemacht ist. — Darüber, in wiefern die Benutzung einer fremden Sache eine obligationswidrige sei, s. §. 101. IV. und das Weitere bei den einzelnen Obl. vgl. z. B. fr. 13. §. 1. *Commodati;* war sie gestattet, so fällt sie mit der Fälligkeit der Rückgabe weg; war sie nicht gestattet, so ist die Herausgabe des gezogenen Nutzens Hauptgegenstand der Forderung mit, und die Nichtleistung und Verzug ohne weitere Bedeutung für ihre Entstehung.

[11] Vgl. Anm. [7] bei der vierten Obl.-Art, und c. 10. *de A. E.*

[12] Diese Wirkung wird von Vielen als eine solche des Verzugs aufgeführt, s. z. B. Glück Komm. Bd. IV. S. 417. Thibaut §. 99. II. 5. Wening §. 242. (105. 1)) 254. (129.) Puchta §. 268. e). Ohne Zweifel ist dieselbe als rechtlich möglich vollkommen gegründet, wenn sie nicht schon mit der blossen Nichterfüllung eintritt, was ebensowohl vorkommen kann und von den Umständen abhängt, s. Anm. [7] bei der vierten Obl.-Art. Dagegen bestreitet Madai S. 391 ff. ein solches Recht des Gläubigers gänzlich, indem er nach fr. 24. §. 4. *Locati* wegen Gestattung der Klage auf das Interesse eine Fortdauer der Obl. annimmt, die übrigen dafür angeführt werdenden Stellen aber gar nichts beweisen sollen, obwohl er zugiebt, dass der Schadensersatz in seinem endlichen Resultat auf gänzliche Aufhebung des Vertrags hinauskommen könne, wobei man aber nicht von einer durch einseitiges Wollen des Gläubigers geschehenen Auflösung reden dürfe. Allein, die anderen Stellen bei Seite gesetzt, ist bei der Auslegung des fr. 24. *d.* übersehen, dass in den Worten: *neque ipse pension. nom. obligatus est,* wirklich ein ferneres Nichtverpflichtetsein ausgesprochen ist, ferner dass, wenn die Stelle die Eingehung eines neuen Verhältnisses (Rechts) gleicher Art ohne Zustimmung des früheren Kontrahenten gestattet, darin offenbar der Rücktritt von dem mit diesem geschlossenen gestattet sein muss, da ja ausdrücklich vorausgesetzt ist, dass er *duabus non sufficiat*, und endlich, dass eine Klage auf Entschädigung auch nach der vom Gegner verschuldeten Auflösung eines Kontraktsverhältnisses möglich bleibt. Vgl. Schilling a. a. O. S. 267. Allerdings aber bietet das Sachverhältniss die Auffassung dar, dass, in sofern das Interesse in der Auflösung des Verhältnisses besteht, der, welcher von dem Recht, vom Kontrakt zurückzutreten, Gebrauch macht, auf diese Weise seinen Anspruch selbst befriedigt, so dass das Resultat immer mit dem Begriff des Interesses unter solchen Umständen verbunden bleibt, welches dann, wenn der Säumige später seinerseits die Obl. klagbar machen will, *excipiendo* geltend gemacht werden muss. Es erlischt also m. a. W. der Vertrag nicht schlechthin *ipso jure.* Indessen würde selbst dies wenigstens nicht unmöglich sein, sobald sich die Umstände so gestalten sollten, dass ein *mutuus dissensus tacitus* angenommen werden könnte; so namentlich in dem Fall: *nam et qui etc.* des fr. 24. *d.* — Eine Mittelmeinung hat Fritz S. 366., indem er nach dieser Stelle das Recht des Rücktritts nur beim Miethkontrakt zugeben will. Allein, dass gelegentlich dessen davon die Rede ist, berechtigt dazu um so weniger, als kein innerer Grund dazu zu entdecken ist. Denn warum soll z. B. derjenige, welcher mit einem Anderen beabredet, dass dieser ihm an einem gewissen Ort zu einem gewissen Tag ein Darlehn, welches er daselbst nothwendig braucht, vorstrecken soll, an dieses *pact. de mutuo dando* gebunden sein, wenn dieser mit der Zahlung in Rest blieb, und jener nun, des Gelds im Augenblick bedürftig, genöthigt gewesen ist, einen anderen Gläubiger zu suchen und gefunden hat?

[13] Vgl. ferner z. B. den Satz bei Anm. [10] mit dem bei Anm. [33].

leicht ohne schon eingetretenen Verzug zur Klage kommen und derselbe erst durch diese entstehen, und somit eine verschiedenartige Berechnung des Interesses eintreten wird [14].

4) Hat dem Schuldner das Recht zugestanden, den Ort zur Leistung zu wählen, so verliert er dasselbe, sobald der Gläubiger wegen deren Ausbleibens zur Klage schreitet, indem sich nun jener nach den gewöhnlichen Grundsätzen bestimmt, s. §. 92. [15]. Er verliert ferner dadurch ein Wahlrecht der Art, wenn ihm freistand, eine Summe Gelds in fungibeln Sachen nach deren Marktpreis zu leisten [16].

5) Wenn der Miether zwei Jahre lang mit dem jährlich zu leistenden Miethzins aus einem auf noch längere Zeit eingegangenen Miethkontrakt in Rückstand ist, so steht dem Vermiether das Recht zu, vom Kontrakt zurückzutreten, und jenen der Miethe zu entsetzen [17]. Hiermit steht das gleiche Recht des Dominus einer Emphyteuse wider den Emphyteuta in Verbindung, dessen §. 55. a. E. unter 3) u. 4) gedacht worden ist [18].

6) In einigen wenigen Fällen entsteht unmittelbar durch gesetzliche Anordnung mit dem Ausbleiben der Zahlung einer Geldsumme oder Leistung fruchttragender Sachen eine Verpflichtung zu Zinsen oder zur Herausgabe der Früchte, nämlich: a. zu Gunsten frommer Stiftungen von Vermächtnissen, welche ihnen ausgesetzt worden, und zwar vom Tod des Erblassers an, wenn der Onerirte sie sechs Monate nach Eröffnung des Testaments nicht entrichtet hat; vorausgesetzt ist natürlich, dass das Vermächtniss fällig, nicht seine Leistung noch schwebend oder verschoben, und dass Jemand vorhanden sei, an den sie für die Stiftung geschehen konnte [19]. — b. Zu Gunsten des Ehemanns, welchem eine Mitgift, gleichviel von wem, versprochen ist, wenn ihm dieselbe binnen zwei Jahren nach Eingehung der Ehe nicht eingehändigt worden; die Zinsen betragen in diesem Fall vier Prozent [20]. c. Der Käufer, welcher den Gegenstand des Kaufs übergeben erhält, ohne dass auf Kredit gehandelt worden, und den also sofort fälligen Kaufpreis nicht bezahlt, ist von da an gehalten, denselben zu verzinsen [21].

[14] Fr. 3. pr. *h. t.* (*verb. tametsi non facile etc.*) vgl. Anm. [64].

[15] Vgl. §. 92. Anm. [12]. Diese Wirkung vindizirt Schilling a. a. O. S. 268. gegen Madai a. a. O. S. 400 ff. der *mora* darum, weil diese durch die Ueberreichung der Klageschrift an den Schuldner, oder wenigstens durch die *lit. cont.* beginne (s. Anm. [64]); allein zwischen diesen beiden Momenten und der Klaganstellung liegt doch noch ein Zwischenraum, für welchen die Frage von der Wahl von Wichtigkeit ist, und diese gerade betrachte ich durch die cit. Stelle entschieden, so dass es also der *mora* nicht erst noch bedarf, um diese Wirkung eintreten zu lassen; denn *petitio* darf und muss doch von der ersten einseitigen prozessualischen Handlung des Klägers verstanden werden. Andererseits aber geht dieses Wahlrecht auch durch Eintritt der *mora* nicht verloren, sondern erst (resp. schon), wenn Klage angestellt wird; mithin ist der Eintritt der *mora* ohne Klaganstellung darauf ohne allen Einfluss. Vergl. Vangerow S. 21. und die dort Gen.

[16] Hierauf macht Schilling a. a. O. nach fr. 57. pr. *de Solut.* aufmerksam, nur dass er auch diese Wirkung für die *mora* in Anspruch nimmt; dagegen gilt ebenso der Inhalt der vor. Anm. Es ist die Frage, ob man nicht nach dieser Stelle, anstatt fungibler Sachen, Leistungen jeder Art substituiren könnte? Indessen würde man damit die rein alternative Obl. hierherziehen, was unzulässig ist, s. Anm. [47] Nr. 3.; dagegen scheint mir die Erwähnung des *mel* allerdings nur ein Beispiel fung. Sachen zu sein, und die Ausdehnung auf diese völlig gegründet. S. noch Anm. [42].

[17] Fr. 54. §. 1. fr. 56. *Locati.* vergl. Wolff a. a. O. S. 175 ff.

[18] C. 2. *de Jure emphyt.* u. s. dens. S. 179 ff.

[19] Nov. 131. c. 12. u. vgl. dens. S. 172 f. s. noch Anm. [70] u. A. [21].

[20] C. 31. §. 2. *de J. D.* vgl. noch dens. S. 174 f. S. noch Anm. [21].

[21] Fr. 13. §. 20. 21. *de A. E.* c. 5. *eod.* fr. 18. §. 1. *h. t.* c. 2. *eod.* Vergl. auch Madai S. 191 ff. Unterholzner a. a. O. S. 326. 4. Wolff a. a.

7) Bei gegenseitigen Obligationen hat das Ausbleiben der eigenen Leistung[22] Einfluss auf die Möglichkeit, die eigene Forderung geltend zu machen, welcher aber, je nach dem verschiedenen Inhalt der besonderen in der Gesammtverpflichtung enthaltenen, unerfüllt gebliebenen Leistungen verschieden sein kann, s. darüber §. 97. II. 4.

8) Wenn durch Uebereinkunft der einen Vertrag abschliessenden Personen an die Nichterfüllung, sei es mit oder ohne Beifügung eines Termins, woran es freilich nicht leicht fehlen wird, gewisse Folgen geknüpft worden sind, so treten diese sofort ein, sobald die fällige Leistung ausbleibt, indem darin eine Bedingung für jene liegt, welche dadurch in Erfüllung geht; namentlich gehört hierher der kommissorische Vertrag und die Konventionalstrafe (§. 101. I. 3. u. §. 88. III.).

2. Für alle Fälle, in welchen durch Nichterfüllung Nachtheile für den Schuldner eintreten, gilt der Satz, dass, wenn die Veranlassung dazu vom Gläubiger ausgegangen ist, daraus eine Exception (*doli*) wider denselben erwächst, wodurch sein Anspruch darauf abgewendet werden kann[23]. Es ist ferner einer so geringen Verzögerung der Leistung, die beim Verzug und dessen Wirkungen nicht beachtet wird (s. Nr. II. A. 4. z. A.), hier zwar nicht der Einfluss, die Nichterfüllung unwirksam zu machen, beigelegt, denn deren Folgen sind an sich absolut und rechtlich nothwendig, indessen muss jener doch in Bezug auf die Forderung des Interesses überhaupt und die Abwendung der desfallsigen Klage darum derselbe Einfluss, wie beim Verzug, eingeräumt werden, weil der letztere als ein stärkerer, charakterisirter Grad der Nichterfüllung und also der Rechtsverletzung erscheint, und soweit er sich mit dieser in nachtheiligen Folgen wesentlich gleicher Art begegnet, in dieser Wirksamkeit aus dem gedachten Grunde doch nicht gehemmt werden, ein minderer Grad aber ungeachtet eines solchen mit derselben fortdauern kann. Dies kann um so weniger Bedenken haben, als es sich dabei nicht eigentlich um Wiederaufhebung eingetretener Wirkungen, sondern um deren Eintritt und dessen Abwendung handelt, und, wie vorher unter Nr. 3) gesagt wurde, die unmittelbare Leistung anstatt des Interesses überhaupt noch so lange angenommen werden muss, als sie von unverändertem Werth für den Gläubiger ist[24].

O. S. 145 ff. nimmt hier objektive *mora* an, und zieht dann hierher noch eine Anzahl Stellen, worin der Verflichtung zu Zinsen vom Kaufpreis in Verbindung mit *mora* Erwähnung geschieht, wie c. 13. *de A. E.* c. 5. *de Pactis inter emtor.*; allein in diesen Stellen ist die Voraussetzung eine andere, nämlich, dass der Kaufpreis früher nicht fällig, mit a. W. also kreditirt war, sondern es erst durch Mahnung wurde; s. auch Benfey a. a. O. S. 191. — Die obigen Wirkungen werden häufig irrthümlich erst der eigentlichen *mora* beigelegt, s. Madai a. a. O. u. S. 196 ff. (s. auch dort S. 205. u. Benfey S. 198 ff. wegen fr. 38. §. 1. *h. t.*), andererseits darf man aber auch nicht andere erst mit der *mora* eintretende hierher ziehen, vergl. Anm. 70. — Ueber den Zinsfuss in diesen Fällen s. §. 87. Nr. III. A.

[22] Diese Wirkung knüpft Unterholzner S. 125. an einen „wenigstens nicht ganz unverschuldeten Verzug," er wird dazu nur durch die Reflexion bewogen, dass schuldlos eintretende Unmöglichkeit der Leistung die Obligat. selbst aufhebe, allein dies steht mit jener ausser allem Bezug, so dass es einer Bevorwortung so wenig, wie in Ansehung anderer Erlöschungsarten der Obl. bedarf. In der That ist also Unterholzner mit der diesseitigen Auffassung einverstanden. Andere führen diese Folge als eine Wirkung des Verzugs auf, dessen es aber, um sie eintreten zu lassen, gar nicht bedarf; s. auch Madai S. 390 f.

[23] Fr. S. 8. *de Naut. foen.* fr. 1. §. 3. *de Eo per quem*, fr. 122. §. 3. *de V. O.* fr. 9. §. 1. *h. t.* fr. 4. §. 4. *de Lege commiss.* Vergl. Wolff S. 38 ff. u. §. 88. Anm. 34.

[24] Die obigen Gründe reichen zwar nach m. E. schon vollkommen hin, indessen kann auch unbedenklich fr. 135. §. 2. *de V. O.* hierfür genannt werden, da *mora* in demselben auch sehr

3. Die Frage endlich, durch welche Rechtsmittel diese Wirkungen der Nichterfüllung geltend gemacht werden, beantwortet sich nach deren Verschiedenheit von selbst. Es ist auf Seiten des Gläubigers vor Allem die Hauptklage, also die aus der Obligation; für die Wirkungen unter Nr. I. 5) kann auch die zuständige *in rem actio* gebraucht werden; für die unter Nr. 7) besteht die eigenthümliche Einrede des nicht erfüllten Kontrakts; die vertragsmässig besonders beabredeten Wirkungen endlich können sowohl mit der Hauptklage aus der Obligation als auf Grund des Vertrags selbst in Anspruch genommen werden. Auf Seiten des Schuldners kann für Nr. 2) nur von der Einrede der Verjährung die Rede sein[25]. Dagegen fallen die wider den letzteren eingetretenen Nachtheile dann weg, wenn der Gläubiger die Hauptleistung noch annimmt, ohne Anspruch auf dieselben zu erheben[26].

II. Der Verzug wurde schon vorher (z. A.) sowohl in Bezug auf den Schuldner wie auf den Gläubiger soweit bestimmt, wie dies überhaupt möglich ist[27]. Er ist nach beiden Seiten hin in Voraussetzungen wie in Wirkungen und auch sonst noch verschieden und deshalb müssen jene aus einander gehalten werden[28].

A. 1. Von überwiegender Wichtigkeit und darum auch, wenn vom Verzug im Allgemeinen die Rede ist, immer gemeint ist der des Schuldners. Dies wegen der grossen praktischen Bedeutung seiner Wirkungen, von welchen daher zur Erörterung seines Wesens zweckmässiger zuerst gehandelt wird.

Den Wirkungen des Verzugs auf Seiten des Schuldners liegt der Gedanke zu Grunde, dass er für jede dem Gläubiger in sofern nachtheilige Folge, als nunmehr die Leistung gar nicht, oder nicht in dem Umfang wie sie sollte, geschehen kann, oder nicht mehr den Werth hat, wie vor dem Verzug, einstehen und also das gesammte Interesse daran, dass sie nicht vor dem Verzug geschah, zu erstatten hat[29].

wohl einfach den blossen Aufschub bedeuten kann, nicht wirkliche *mora*, und der darin behandelte Fall, wenn deren Voraussetzungen fehlen, unmöglich anders entschieden werden, indem auf die *mora* als solche nicht das geringste Gewicht gelegt ist.

[25] Vgl. Wolff S. 233 ff.

[26] Darin liegt nämlich ein stillschweigender Verzicht, s. fr. 23. pr. *de Recept.* fr. 10. in f. *de Eo quod certo l.* Vergl. Wolff S. 218 ff. und besonders wegen Wegfalls auch der Wirkung unter Nr. 5.) bei Annahme d. Pachtgelder und des Kanons, S. 225 ff. auch 229., nur dass dieser wegen Annahme seiner objektiven *mora* hier von einer *purgatio morae* spricht, wovon nicht die Rede sein kann. Eine theilweise Erfüllung und deren Annahme hat diese Wirkung nicht. Wegen der *lex commiss.* s. §. 101.

[27] S. Anm. [3] a. E. — Ich nehme hiernach nur eine Eintheilung der *mora*, also *debitoris* oder *solvendi* und *creditoris* oder *accipiendi* an. Bei Aelteren finden sich noch manche andere, die ganz überflüssig sind, s. Madai S. 25 f. Der Unterschied der *mora ex persona* und *ex re* (s. A. 1) 2)) bezieht sich nur auf *mora debitoris*. S. Anm. [49].

[28] Häufig werden gemeinschaftliche Wirkungen der *mora* für Gläubiger und Schuldner und dann besondere für beide unterschieden und hiernach die Darstellung angelegt; allein abgesehen von der Verschiedenheit der Ansichten, welche hierhin und welche dorthin gehören, sehe ich hierbei nicht nur keinen systematischen Gewinn, sondern halte es auch wegen des beträchtlichen Unterschieds der Verhältnisse der Eigenthümlichkeiten der Folgen für beide Personen für unzweckmässig. Die Aussprüche in fr. 3. §. 4. *h. t.* fr. 37. in f. *Mandati* u. fr. 173. §. 2. *de R. J.*, dass Jedem seine *mora* schädlich sei, u. keinen Vortheil bringen dürfe, sind zu allgemein, als dass sie als ein gemeinsamer systematischer Ausgangspunkt brauchbar wären. Auf die Berührungspunkte des Zusammentreffens wird bei der *mora creditoris* aufmerksam gemacht werden. S. auch Madai S. 269 ff. Schilling a. a. O. S. 248 f.

[29] Fr. 17. §. 1. *de R. V.* fr. 21. §. 3. *de A. E.* fr. 8. 32. §. 2. *h. t.* fr. 39. §. 1. *de Leg.* I. fr. 26. 35. pr. *de Leg.* III. fr. 8. §. 6. *de Precario*, fr. 114. *de V. O.* Ueber den möglichen Umfang des Interesses und dessen Voraussetzungen s. §. 86. bei und in Anm. [21]. Ueber das Princip der *mora debit.* vgl. Wolff S. 441 ff., mit dem ich nur in sofern nicht übereinstimme, als er die *mora* als

Der Umfang des Interesses hängt auch hier von den Umständen ab, und so ist es möglich, dass, wenn diese ihn nicht erweitern, er sich über die Grenzen desjenigen, welches schon durch die Nichterfüllung der Forderung ohne Hinzutritt des Begriffs des Verzugs begründet wird (s. Nr. I. 1. 3)), nicht ausdehnt. Dies gilt auch namentlich von der Befugniss des nichtsäumigen Interessenten, von der Obligation wegen des Verzugs des anderen zurückzutreten [30]. Sind die Umstände aber danach [31], so kann er diese beträchtlich überschreiten, und sich bis zur äussersten möglichen Spitze des Interesses erheben. Sonach kann durch den Verzug der Inhalt der Obligationen sich zwar ausdehnen und vergrössern, es entsteht aber dadurch kein neues besonderes Verhältniss mit besonderen Rechtsmitteln [32]. Der Verzug führt nun:

1) die Verpflichtung zur Leistung der *omnis caussa* herbei, es haftet also der Schuldner namentlich für alle diejenigen Nutzungen, Erzeugnisse und Früchte einer zu leistenden nutzbaren oder fruchttragenden Sache, welche der Gläubiger von derselben von Zeit des Verzugs an bis zur Herausgabe hätte ziehen können, gleichviel ob der Säumige sie gezogen haben würde, oder könnte [33]. Dasselbe gilt von allem

species der *culpa* betrachtet, und also diese auch überall voraussetzt; allein die Forderung des Interesses ist davon nicht abhängig, s. Anm. [7]. Dieses passt denn auch auf die *mora cred.*, s. Anm. [50]. Madai a. a. O. S. 269 ff. 284. 312. 333. 451. betrachtet als solches die *perpetuatio obligationis*, welche dann nur die *mora deb.* umfasst, allein auch der Beweis, dass die einzelnen übrigen Folgen daraus abgeleitet seien, kann nicht als gelungen angesehen werden, sondern bringt die Leistung des Interesses in einen erzwungenen Zusammenhang mit der Tragung des *periculum* und *praestatio casus*, während der diesseitigen Ansicht der natürliche Klimax zu Grunde liegt: dass das Interesse sich auf den Fall mit ausdehnt, wenn die unmittelbare Leistung unmöglich geworden ist. Vergl. auch Schilling a. a. O. S. 258. und Fritz S. 362. — Die Verschiedenheit der römischen Bestimmungen für *str. jur.* u. *b. f. a.* sind jetzt verschwunden, und die weiterreichenden der letzteren überall anwendbar. Vgl. darüber Wolff S. 444. 448. u. Unterholzner S. 120.

[30] Vergl. den Satz bei Anm. [14].

[31] Vergl. Madai a. a. O. S. 316. Dies passt ursprünglich für das R. R. nur auf *b. f. act.*, während für *str. jur. a.* der Richter an bestimmte Momente gebunden blieb, s. Anm. [36] 2) (Schilling); nach heut. R. greift die Bestimmung rücksichtlich der ersteren in §. 30. *I. de Action.* über die letzteren auch hierin über, s. Anm. [36]. Unbegründet ist übrigens Madai's Annahme (S. 333.) einer besonderen *obligatio solvendi* durch die *mora;* dieselbe steht auch in Widerspruch mit der (richtigen) Verneinung einer besonderen Klage auf Verzugszinsen, S. 358. Ebenso die, dass bei Sachleistungen der Schuldner *detentor rei alienae* werde; s. auch Schilling S. 258.

[32] S. Anm. [12].

[33] Fr. 3. pr. 8. 39. *h. t.* fr. 23. pr. *de Leg.* I. fr. 26. *de Leg.* III. fr. 18. pr. 44. §. 1. *ad Sct. Trebell.* Soviel den Anfangspunkt betrifft, handeln diese Stellen zwar nur von einer nach Analogie der *b. f. obl.* zu beurtheilenden Forderung (§. 3. *I. de Legat.* §. 1. *I. de Fidcssar. hered.*), indessen ist an der allgemeinen Anwendbarkeit derselben um so weniger ein Zweifel, als die Natur der *b. f. neg.* dies schon mit sich bringt, u. fr. 32. §. 2. vergl. mit 34. *h. t.* es direkt bestätigen; s. Madai a. a. O. S. 351 f. u. Schilling S. 261. a. E. u. f. (Nach fr. 3. §. 1. *h. t.* fr. 38. §. 7. *eod.* u. fr. 31. *de R. C.* wird die Verpflichtung zur Herausgabe der *omnis caussa* für *str. jur. a.* erst mit und durch die *lit. cont.* begründet, beim *restituere* jedoch auch von der *mora* an, fr. 17. §. 1. *de R. V.* fr. 38. §. 1. 5. 11. *h. t.* fr. 8. §. 2. *de Cond. furt.* und reicht nur bis zum Endurtheil; das beruht auf römisch-prozessualischen Ansichten, s. vor. Anm. u. Anm. [29].) Die Verpflichtung selbst ist nicht etwa aus einer *malae fid. poss.* zu erklären, sondern eine Erweiterung der eigentlichen Obl. durch die *mora*, vergl. Madai S. 334 ff. Nur soweit aber ist dessen Ansicht richtig, nicht in den Folgerungen aus dieser Verneinung, s. Schilling a. a. O. S. 259 f. Zinsen von den Früchten können nicht verlangt werden, fr. 15. *h. t.* — Bestritten ist, ob der Säumige nicht nur die *fr. perceptos* herauszugeben habe; Wolff S. 446 f. hält den Streit für einen Wortstreit, weil das Plus der *fr. percipiendi* dennoch als Interesse (*lucr. cess.*) mit in Rechnung

dem Gläubiger entgangenen Gewinn und ohne weitere Rücksicht auf die Natur des zu leistenden Gegenstands[34], also auch wenn dieser in Gelde besteht, wiewohl dann die Verzugszinsen als der regelmässige Inhalt des Interesses, d. h. mit Nachlass des Beweises eines höheren, zu betrachten sind[35]. Der Verzug äussert ferner auf den Umfang des Interesses in sofern Einfluss, als der Gläubiger den Werth der Leistung fungibler Sachen, je nachdem er zu dem Zeitpunkt des Verzugs oder zu dem der Verurtheilung höher war, nach seiner Wahl in Anspruch nehmen kann, indem ohnedies der Säumige einen Vortheil haben würde[36]. Der Werth bestimmter einzelner

komme. Allein das ist eine Bewegung im Zirkel herum. Der entgegengesetzten Meinung ist Madai S. 337 ff. 350 ff. und dort die Lit. der Streitfrage. Dagegen s. Schilling a. a. O. S. 259 ff. Die Hauptgründe für die diesseits angenommene Meinung sind: dass der *mal. fid. poss.* zur Leistung der *fr. percipiendi* verpflichtet ist, fr. 62. §. 1. *de R. V.*, und der im Verzug befindliche Schuldner, welcher sogar weiter als dieser, nämlich für *casus* haftet, doch auch für jene um so mehr haften muss; ferner, dass er sonst ohne eigenen Nachtheil zum Schaden des Gläubigers die Sache völlig unbenutzt lassen könnte, s. dagegen fr. 38. §. 1. *h. t.*, sodann s. das direkt sprechende fr. 39. §. 1. *de Leg.* I., welches nicht den Charakter einer singulären Bestimmung an sich trägt; endlich *arg. e contr.* des fr. 9. *Soluto matrim.*

[34] S. die Stellen z. A. der Anm. [29].

[35] S. §. 87. bei Anm. [23], [24] und diese selbst. Nach R. R. bestand die Zinsverpflichtung für *str. jur. a.* nicht, dies ist bei uns geändert durch den D. A. von 1600. §. 139. und für das praktische Recht ausser Zweifel; vgl. auch Madai S. 369 ff. Dieselbe ist (nach R. R. für *b. f. obl.*) eine allgemeine, fr. 32. §. 2. *h. t.*, s. z. B. fr. 19. *de Periculo et commodo*, fr. 17. §. 4. *h. t.* fr. 13. §. 7. *de P. A.* fr. 10. §. 3. *Mandati*, fr. 38. pr. *de Negot. gest.* c. 2. *Depositi*, c. 13. *de A. E.*, wegen derer von Vermächtnissen s. Madai S. 361 ff. und dazu Schilling S. 262 f. Sie findet nicht Statt in den §. 87. II. a. E. aufgezählten Fällen. Das Geschichtliche der Verzugszinsen hat weiter kein dogmatisches Interesse, vergl. Madai a. a. O. S. 352 ff. Vergl. §. 33. Anm. [9] a. E.

[36] Fr. 3. §. 3. *de A. E.* fr. 21. §. 3. *eod.* Es ist hierbei zweierlei zu bemerken: 1) der obige Satz wird gewöhnlich allgemein, ohne die in diesen Stellen enthaltene Beschränkung auf fung. S. gelehrt, s. z. B. Unterholzner a. a. O. S. 266. p), Madai S. 313 ff. Schilling a. a. O. S. 257. Es verhält sich mit ihm ganz ähnlich wie mit der Bestimmung des Werths nach einem Lieferungszeitpunkt, s. darüber §. 86. Anm. [28]. Der Grund der Beschränkung liegt in der Natur dieser Sachen und im Wechsel ihres Preises, der als Marktpreis erscheint (nur ist freilich das Interesse nicht gerade auf den höheren Preis allein beschränkt), während für andere Sachen das Interesse nicht nach diesem Maasstab zu berechnen ist, weil es einen solchen dafür nicht giebt, sondern nach den gewöhnlichen Grundsätzen, s. Anm. [37]. — 2) Ueber das *tempus condemnat.*, wenn dann der Werth sich höher belief, ist man zwar einig, nicht aber so über die *mora* als Anfangspunkt. Das gen. fr. 3. sagt: *si per vend. vini mora fuerit*, und braucht dann für denselben wie vorher gemeinten Zeitpunkt den Ausdruck: *quo venit.* (In der anderen Stelle kommt nur vor: *si per eum steterit etc.*) Früher verstanden darunter die Meisten den Zeitpunkt des Kontraktsabschlusses; wenige den, wo die Uebergabe hätte geschehen sollen, vgl. Glück Komm. Bd. XIII. S. 292.[62] (290.), der sich aber den letzteren anschliesst, ebenso Madai S. 315 ff. Unterholzner S. 266. p). Wening §. 242. (104.) z. Puchta a. a. O. §. 268. t) (s. aber Anm. [41]). Dagegen kehrt Schilling a. a. O. S. 257. für die *b. f. a.* (auch Mühlenbruch §. 372.[6]) zur älteren Meinung zurück, während er für *str. jur. obl.* den Zeitpunkt des Werths bei eingetretener *mora* vorerst auf den Zahlungstag, oder, wenn *dies* oder *conditio* hinzugefügt worden, auf den der Möglichkeit der Klagenanstellung, und in Ermangelung solcher Bestimmungen auf den Moment der Lit. Cont., oder, wenn durch aussergerichtliche Mahnung schon vorher *mora* eingetreten, auf diesen Zeitpunkt setzt. Abgesehen von den letzteren Bestimmungen, welche nach heut. R. in den Anfangspunkt der *mora* der *b. f. obl.* aufgehen, muss Schilling die *mora* mit dem Kontraktsabschluss selbst als eingetreten betrachten. Ich weiss aber nicht, wie das möglich sein soll, denn bejaht man selbst die Regel, dass *dies pro hom. interp.*, so ist doch jener Zeitpunkt nicht allemal und sich von selbst verstehend ein Tag der Erfüllung. Es würde also vor Allem hiernach

Sachen wird ebenfalls mit Rücksicht auf die Zeit des Verzugs geschätzt und deren etwaniger Untergang oder Verschlechterung also in Anschlag gebracht [37]. Ist ein Tag der Leistung bestimmt worden, so richtet sich zwar die Schätzung solcher Sachen nicht schlechthin nach deren Werth an jenem Tag, doch würde ein anderweites Interesse der Nichterfüllung nach Nr. I. 1. 3) in Betracht kommen können, indem der absolute Werth der Sache selbst von der Leistung am bestimmten Tag unabhängig ist (s. §. 86. Anm. [28]), sondern nur dann, wenn zugleich, übrigens also erst wenn, Verzug hinzutritt [38]; ist hingegen die Leistung fungibler Sachen zu einem bestimmten Tag zugesagt worden, die einen wechselnden Werth, an jenem Tag also auch einen gewissen Marktpreis haben, so kann durch die Nichterfüllung allein schon dieser gefordert werden, ohne aber die Forderung eines höheren je nach den vorher rücksichtlich ihrer gedachten beiden Zeitpunkten auszuschliessen [39].

eine Beschränkung anzunehmen sein. Allein auch mit dieser berechtigt doch das fr. 3. §. 3. *d.*, welches ausdrücklich der *mora* gedenkt, vollkommen dazu, diesen Begriff festzuhalten, und den konkreten Fall, in welchem der Zeitpunkt des Verkaufs mit dem der *mora* identisch behandelt wird, so aufzufassen, dass die sofortige Vollziehung des Kaufs beabsichtigt war, und nun der Verkäufer dazu aufgefordert, also interpellirt, *in moram* gerieth. Vielleicht ist auf folgendem Weg eine Vermittelung möglich. Nach Anm. [7] ist mit der Nativität der Klage die Forderung des Interesses, für *res fungib.* also deren Preis, möglich. Ist dann noch keine aussergerichtliche Interpellation geschehen, so kann die Klage auf das Interesse nur von dem dermaligen Preis verstanden werden. Durch die Insinuation der Klage wird nun aber der Verklagte *in moram* versetzt. Wäre der Preis zu der erstgedachten Zeit höher gewesen, als zur Zeit des Eintritts der *mora*, so bleibt es natürlich bei jenem, es wäre denn derselbe zur Zeit der Kondemnation ein noch höherer. Ist er hingegen zur Zeit der *mora* höher als zu dem der Erhebung der Klage, und von dem zur Zeit der Kondemn. nicht überstiegen, so kann der der *mora* gefordert werden. Mit Schilling's Ansicht würde offenbar dieser Vortheil verloren gehen, weil es sich ihm zufolge nur um den Werth zu zwei Zeitpunkten handelt, während ich, drei anzunehmen, Grund zu haben glaube. Dass er dem Gläubiger jenen Vortheil absprechen wolle, lässt sich daraus nicht annehmen, weil er damit einverstanden ist, dass der Schuldner das gesammte Interesse leisten müsse (a. a. O. S. 258.) — Vergl. übrigens noch Anm. [39] und [41], deren Inhalt noch zum Ganzen der hier in Betracht fallenden Momente und Fragen gehört.

[37] Fr. 3. *de Cond. trit.* (*verb. In utroque etc.*) fr. 21. §. 3. (*init. — consistit.*) *de A. E.* Fr. 25. §. 2. *Soluto matrim.* fr. 39. §. 1. *de Leg.* I.

[38] Fr. 3. *de Cond. trit.* u. s. folg. Anm.

[39] Ueber den Einfluss des *dies solutionis* auf die Bestimmung des Preises herrscht Meinungsverschiedenheit. Madai S. 313. bleibt nach fr. 22. pr. *de R. C.* u. Wening a. a. O. (s. Anm. [36]) nach diesem u. fr. 59. *de V. O.* dabei stehen, dass der Preis des Tags unveränderlich entscheide und fortdauere. Schilling a. a. O. S. 256. beschränkt die Stelle auf *str. jur. obl.*, was richtig ist, scheint aber einen Einfluss des *dies* auf *b. f. obl.* gar nicht anzunehmen, vgl. Anm. [36]. Unterholzner a. a. O. S. 122 f. vgl. mit S. 266 f. räumt dem Verzug einen modifizirenden Einfluss danach, wann der Preis am höchsten gewesen, ein. Diese Meinung halte ich für die richtige, und zwar ist ferner mit demselben zwischen *res fungib.* und *species* zu unterscheiden, s. §. 86. Anm. [28] u. vorher Anm. [36], so dass die Bestimmung eines gewissen Tags der Leistung für letztere, bei Bestimmung ihres absoluten Werths nicht in Betracht kommt, sondern nur, wenn zugleich damit *mora* eintritt, (fr. 3. *de Cond. trit.*) während für erstere der Preis des Tags zwar zunächst in Betracht fällt, aber kein unabänderlicher ist, sondern durch den hinzukommenden Verzug modifizirt werden kann, s. Anm. [36]. Diese Ansicht beruht auf einer kombinirenden Berücksichtigung sämmtlicher in Betreff der Zeit den Quellen zufolge relevanter Momente zur Berechnung des Interesses. Dass nämlich ein solches mit dem Ausbleiben der *sub die* zugesagten Leistung überhaupt begründet sei, versteht sich von selbst daraus, dass es hierzu des *dies* nicht einmal bedarf, s. Anm. [7], der andererseits aber ebenso selbstredend die Fälligkeit (wenn gleich nicht die *mora*, sobald man nicht die Regel: *interpellat*, annimmt) bestimmt markirt. Wenn

Ist der Werth der zu leistenden Sachen an verschiedenen Orten verschieden, also namentlich ein Kauf- oder Marktpreis dafür vorhanden oder anzunehmen, so ist der Säumige verpflichtet, den je nach dem bestimmten Ort der Leistung oder der angestellten Klage höheren zu gewähren[40]. Ist endlich der Schuldner durch eine uner-

nun, dies zu beweisen, die nur auf *str. jur. a.* bezüglichen Stellen (s. §. 86. Anm.[28] z. A.) zwar auch für das heut. R. als von allgemeiner Bedeutung benutzt werden können, die aber nur *res fungib.* betreffen, so ist doch das darunter befindliche fr. 22. pr. *d.*, welches die *aestimatio diei* allerdings der *mora* gegenüber festzuhalten und dieser allen Einfluss zu nehmen scheint, darum nur auf *str. jur. a.* zu beschränken, weil dies dem Princip der *aequitas* und dem *offic. jud.* bei *b. f. a.* widerstreitet. Aus diesem Grunde ist auch gewiss einer solchen Kollision in den Quellen gar nicht gedacht, indem man die Frage danach sich als von selbst erledigend betrachten musste. Hieraus nun schöpfe ich das obige Resultat. — Eine ganz andere Ansicht über die hier und in Anm.[36] besprochenen Zeitpunkte hat Wolff S. 456 ff., vgl. Anm. [41] a. E., indem er sie neben dem Verzug darum für gleichgültig hält, weil vermöge desselben stets der höchste Werth der Zwischenzeit gefordert werden könne. Ist nun aber dieser Grund unrichtig, wie sich aus den vorher cit. Anmm. ergiebt (s. auch Anm. [41]), so muss natürlich auch jenen Zeitpunkten ihr rechtlicher Einfluss bleiben. Aber auch neben dem übrigens ganz richtigen Satz, dass der Säumige das volle Interesse zu leisten habe, kann ich die Bestimmungen des Werths nach den resp. Zeitpunkten keineswegs, wie Wolff annimmt, für erledigt und praktisch gleichgültig halten, „indem je höher die *aestimatio* berechnet werde, desto geringer das access. Interesse ausfalle, und umgekehrt.“ Allein wie, wenn eben kein besonderes Interesse der letzteren Art berechnet werden kann? Zu dem Gesammtinteresse gehört ferner die *aestimatio* als Kern; warum soll dem Gläubiger der schwierige Beweis des ersteren durch deren Hinwegnahme noch erschwert werden, während die *aestimatio* zu den verschiedenen relevanten Zeitpunkten einen ganz sicheren Maasstab darbietet? Die ganze Wolff'sche Ansicht hierüber beruht nach m. E. zunächst auf unrichtiger Interpretation der Quellenzeugnisse, und deren vermeintliche Unanwendbarkeit auf Willkühr; die zugestandene Ausnahme für den Kauf nach dem (freilich nicht hinwegzuleugnenden) fr. 3. §. 3. *de A. E.* erscheint ohnehin als ein Widerspruch, und die Annahme einer singulären Bestimmung deshalb als eine Selbsttäuschung. Vgl. über diese Fragen nun auch die Erörterung bei Savigny System Bd. VI. S. 227 ff.

[40] Fr. 3. §. 3. *de A. E.* und vgl. §. 86. Anm.[25]. — Madai a. a. O. §. 49. glaubt, dass auch hier der Werth eines bestimmten *locus solut.* unabänderlich bestehen bleibe, und zwar nach fr. 22. *de R. C.* u. fr. 4. *de Cond. trit.* Allein beide Stellen sprechen nur von *str. jur. a.* (auf ein *incertum*), vergl. Bethmann-Hollweg Vers. S. 45[105], s. auch Schilling a. a. O. S. 257. Dieser selbst, wie Wening §. 242. (104.)[6] u. Fritz Erl. dazu S. 364., verstehen die Alternative der cit. ersten Stelle davon, dass der Werth entweder des Orts des Kontraktsabschlusses oder der Klage in Betracht kommen soll. Ich kann aber auch hier das *quo venit* (vgl. Anm. [36]) nur mit der Erläuterung verstehen, dass an jenem Ort auch die Leistung als geschehen sollend gedacht war. Sollte sie nun aber an einem anderen Ort geschehen, so ist ein an diesem etwa höherer Preis offenbar relevant für den Betrag der Forderung des Gläubigers, und er tritt somit nothwendig an die Stelle des Interesses. Dass der Preis des *locus solut.* beim Kauf maassgebend sein könne, bezeugt auch §. 4. *eod.*, wenn gleich in der umgekehrten Voraussetzung, dass der Preis dort geringer sei, für die *mora creditoris*, und es ist nach m. E. nicht zu zweifeln, dass sich dies ebenso von selbst verstehe, wie in Ansehung des *dies solut.* (vgl. auch Mühlenbruch §. 365. II.). Die Beschränkung der *str. jur. a.* ist also für das praktische Recht durch fr. 3. *d.* zwar absorbirt, dagegen bestätigen jene beiden Stellen nicht nur das gedachte Interesse als rechtlich möglich, sondern sie können auch abgesehen von hinzutretendem Verzug für die Berechnung des Werths, wenn ein *locus solut.* hinzugefügt worden, als positive Beweisgründe dafür benutzt werden, dass dieser zunächst als der des *locus sol.* in Betracht komme; denn da fr. 3. *d.* die Wahl dem Gläubiger nur für den Fall des Verzugs einräumt, die *aequitas* und *bona fides* aber die Berücksichtigung des *loc. sol.* ohnehin gebieten, so sehe ich keinen Grund, weshalb hier das, was für *str. jur. a.* ausdrücklich ausgesprochen worden, für *b. f. a.* nicht auch sollte gelten können. (Vgl. auch Unter-

laubte kriminell-strafbare Handlung im Besitz der zu leistenden Sache, so hat er den höchsten Werth zu ersetzen, welchen dieselbe während der ganzen Zwischenzeit gehabt hat, indem in diesem Fall angenommen wird, dass der Schuldner in jedem Augenblick der Säumniss einen neuen Verzug begehe[41]. In wieweit für alle bisherige Fälle die Feststellung der Grösse des Schadens und Interesses durch den

holzner S. 267. VI. a. E.). Und da, wie gesagt, das Interesse durch die Leistung an dem bestimmten Ort sehr beträchtlich berührt wird, so können ferner die Stellen, welche nur von *res fungib.* handeln, ausdrücklich auch auf andere Sachen bezogen werden, wiewohl es des Beweises dazu nicht einmal bedürfte; nur wird man auch für solche, wie §. 86. Anm. [18] vom Zeitwerth bemerkt worden, weniger von einem Ortswerth, wie von dem Interesse wegen des Leistungsorts sprechen können, doch ist der letztere eher möglich. — Wolff a. a. O. S. 460 f. hat über die praktische Bedeutung des Einflusses des *locus solut.* eine ganz ähnliche Ansicht, wie über den des *dies*, s. Anm. [39], wogegen das dort Bemerkte hier ebenfalls zur Anwendung kommt.

[41] Fr. 8. §. 1. *de Cond. furt.* fr. 29. *Rer. amotar.* fr. 50. pr. *de Furtis.* Vergl. §. 109. IV. Anm. [128]. Auf die erste Stelle pflegt die sehr verbreitete (s. die Pandektenlehrbb. — ausser Schweppe §. 387. und Mühlenbruch §. 357., welcher jedoch die Frage gar nicht berührt, sondern nur allgemein lehrt, dass das Interesse gefordert werden könne, — selbst Puchta §. 268 f) Meinung gestützt zu werden, dass der obige Satz nicht nur für die darin vorausgesetzten Fälle, sondern ganz allgemein gelte, so dass er namentlich an Stelle der Sätze bei Anm. [36] und [37] erscheint, und man dann diese nicht findet. Man citirt dabei mit der gen. Stelle die der Anm. [36] friedlich neben einander und fr. 3. *de Cond. trit.* dazu, und hält den Beweis bis zur vollen Ueberzeugung für geführt. S. besonders Glück Komm. Bd. XIII. S. 290 ff., „in der ersten Stelle hafte der Dieb nicht etwa darum zum höchsten Werth, weil er Dieb, sondern weil er vom Augenblick des *furti* an *in mora* sei, und unrichtig sei die schon von älteren Juristen angenommene entgegengesetzte Meinung, welche die Stelle auf den Dieb beschränke, wie fr. 83. §. 7. *de V. O.* bestätige, welches den Dieb und den säumigen Schuldner gleichstelle.“ Das letztere ist nun blos von der Tragung der Gefahr, nicht aber von der Grösse des Interesses oder Werths gesagt. Dagegen vertheidigen Gans Obl.-R. S. 65 f. Buchholtz jur. Abh. S. 382 ff. u. Madai ausführlich S. 317 ff. 323 ff. den Unterschied ausdrücklich. Nimmt man die beiden anderen Stellen noch hinzu, so kann nach m. E. ein Zweifel gar nicht übrig bleiben, dass gerade für den Dieb eine strengere Bestimmung gelten soll, die sich auch aus dem hinzugefügten Grunde: *semper enim fur moram facere videtur*, (den Gegensatz s. fr. 87. §. 1. *de Leg.* II.) d. h. weil sein Verzug als in jedem Augenblick der Zwischenzeit begangen erscheint, denn er muss sich fortwährend selbst interpelliren, also auch dann, wenn die Sache den höchsten Werth hat, vollkommen erklärt. Dieser Ansicht hat sich angeschlossen Savigny System Bd. VI. S. 209 ff., indem er sie ausführlich zu begründen sucht. S. ferner Arch. für prakt. R.-Wissensch. Bd. III. S. 466 ff. und die dort cit. neuere Lit. Ganz verfehlt dagegen ist Wolff's Grund (S. 456.) für die hier bestrittene Meinung, dass nämlich der Gläubiger das Objekt gerade zu der Zeit hätte verkaufen können, wo es am höchsten im Preis gestanden; denn eine solche Möglichkeit genügt nicht zur Forderung eines *lucrum cessans*, s. §. 86. Anm. [21]. Er gelangt überhaupt dazu *a priori* und betrachtet die einzelnen Zeitpunkte der *aestimatio*, auf welche bei betagten, bedingten, *str. jur.* und *b. f. act.* gesehen werden soll, für prozessualische, nicht materiell-rechtliche Vorschriften wegen der *pecuniaria condemnatio*. Dieses Mittels würde es in der That nicht bedürfen, um denselben gegenüber, was der Zweck dieser Ansicht ist, die Verpflichtung des Schuldners zum gesammten Interesse zu retten; allein ich kann auch eine Unterscheidung und Trennung der Art nicht zugeben, sondern halte sie gar nicht für möglich, übrigens aber auch für nichtssagend. S. Anm. [39]. Vergl. auch Gans Obl.-R. S. 59. Buchholtz jur. Abh. S. 385. Dagegen leugnet Madai die Ausdehnung auf den gewaltsamen Besitzer; indessen die in fr. 19. *de Vi* ausdrückliche Hervorhebung, dass er *ex ipso tempore delicti plus quam frustrator debitor constitutus est*, scheint mir doch ausreichend, um jene anzunehmen; ders. Ansicht sind auch Wening a. a. O. §. 242. (104.) a), Schilling a. a. O. S. 256. Unterholzner S. 266. 3. — Mit fr. 8. §. 1. *d.* steht fr. 2. §. 3. *de Privat. del.* in scheinbarem Widerspruch; Gans a. a. O.

Würderungseid zulässig sei, ist nach dessen eigenthümlichen Voraussetzungen zu bemessen, s. §. 86. Ebenfalls mit dem Interesse steht endlich die besondere Wirkung in Verbindung, dass, wenn der Schuldner vertragsweise die Wahl hat, dem Gläubiger oder einem Dritten die Zahlung zu leisten, er sie durch den mittelst erhobener Klage eingetretenen Verzug verliert; denn diese kann nur der Gläubiger erheben, sollte jener also nun noch an den Dritten zahlen zu wollen, erklären dürfen, so würde das Recht des Gläubigers ganz vereitelt werden können, weil der Dritte nicht klagen kann [42].

2) Durch den Verzug gewinnt die Obligation in sofern einen unabänderlichen Charakter, als der Schuldner nun nicht mehr, wie es bis zum Verzug der Fall ist, von der Leistung dadurch befreit wird, wenn diese unmöglich geworden ist; sie besteht fort, ohne dass es der Fortdauer des Gegenstands dazu bedürfte, und unabhängig von jedem Einfluss des Zufalls [43], es wäre denn, dass die Sache durch denselben Zufall beim Gläubiger untergegangen sein würde [44]. Nur denjenigen, die sich durch

erklärt ihn davon, dass in letzterem das Kondiktionenprincip enthalten ist, in ersterem aber die *mora* noch hinzugedacht sei.

[42] S. fr. 57. §. 1. *de Solut.* Der Unterschied der im pr. der Stelle enthaltenen Bestimmung, von welcher bei und in Anm. [16] gehandelt worden (s. auch die bei und in Anm. [15] enthaltene), dass nämlich das dort erwähnte Wahlrecht schon mit der der blossen Nichtleistung folgenden Anstellung der Klage verloren geht, für das obgedachte aber erst die durch *lit. cont.* eingetretene *mora* entscheidet, welchen Schilling a. a. O. S. 268. nicht anerkennt, indem er den Verlust jenes ersteren Wahlrechts auch erst mit der *mora* eintreten lässt, erklärt sich auf folgende Weise. Wenn der Schuldner auswahlsweise an einen Dritten soll Zahlung leisten dürfen, so ist darum kein Grund vorhanden, ihm diese Wahl zu entziehen und die ihr gemäss geschehene Leistung als unrichtig geschehen zu betrachten, bevor er vom Gläubiger selbst verklagt und ihm die Klage selbst insinuirt worden, er also auf diese Weise *in moram* gerathen ist, weil er bis dahin nicht weiss, ob der Gläubiger ihn verklagen werde und verklagt habe. Er darf also bis dahin an den Dritten zahlen; die blosse Verzögerung der Erfüllung bringt ihn mithin nicht um sein Recht, auch wenn der Gläubiger schon geklagt hat, und jene nur noch vor der Insinuation der Klage erfolgt ist, denn er könnte sonst in den Fall kommen, zweimal zahlen zu müssen. Sobald er aber durch dieselbe *in moram* versetzt ist, fällt nothwendig die Wahl aus dem im Text gedachten Grunde weg. Deshalb glaube ich auch, dass einer aussergerichtlichen Mahnung nicht dieselbe Wirkung beigelegt werden darf, indem diese nur als eine Aufforderung, überhaupt obligationsmässig zu leisten, zu betrachten ist.

[43] Die Quellen bezeichnen dieses damit, dass *obl. perpetua fit* (*perpetuatur*, *durat*), s. fr. 59. §. 5. *Mandati*, fr. 24. in f. *h. t.* fr. 91. §. 3. 4. *de V. O.* fr. 58. §. 1. *de Fidej.* Vergl. Madai a. a. O. S. 271 ff. 284 f. dazu Schilling a. a. O. S. 249. (der Ausdruck ist nicht etwa vom Ausschluss der Klagenverjährung zu verstehen, s. diess.) und ferner: fr. 5. *de R. C.* fr. 30. §. 1. *de Jurejur.* fr. 5. §. 4. *de Cond. cssa data*, fr. 23. *de Pecun. const.* fr. 12. §. 3. *Depos.* fr. 25. §. 2. *Soluto matrim.* fr. 39. §. 1. fr. 47. §. 6. fr. 108. §. 11. *de Leg.* I. fr. 23. 82. §. 1. *de V. O.* fr. 31. pr. *de Novat.* c. 3. *de Usur. leg.*

[44] Dies ist seit der Glosse sehr bestritten, s. die Geschichte der Kontroverse bei Madai a. a. O. S. 285 ff. Dieser ist der Ansicht, dass der Schuldner unbedingt hafte, indem er namentlich die entgegengesetzte Ansicht dem Princip der *mora* als zuwiderlaufend darzuthun sucht, und darauf hinweist, dass eine Reihe von Stellen den Grundsatz ohne alle Modifikation aufstelle, und dass die bejahende Ansicht theils auf irriger Auslegung, theils auf Verwechselung mit *mal. fid. poss.* beruhe. Dem stimmt Schilling a. a. O. S. 254. bei. Rosshirt in seiner Zeitschrift Bd. III. S. 20 ff. und Wolff hingegen a. a. O. S. 462. sind a. M., welche auch die allgemein gangbare ist, und dieser muss ich, ungeachtet Fritz's neuerer Bedenken S. 360 ff., beitreten. Denn nach der anderen Ansicht würde der Gläubiger hier lediglich durch ein Princip einen offenbaren Gewinn machen, während die Thatsachen dem widersprechen und jenes Princip doch nur den Zweck hat, ihn zum Schadensersatz zu verhelfen und das *lucrum cessans* nach den gewöhnlichen Grund-

ein Vergehen im Besitz der Sache und rücksichtlich ihrer Herausgabe in Verzug

sätzen, also auch den faktischen Voraussetzungen zu gewähren. Die erwähnten Stellen lassen sich alle von der Regel verstehen, neben welcher sehr wohl die Ausnahme bestehen kann, und diese ist denn auch in fr. 14. §. 1. *Depositi* (fr. 47. §. 6. *de Leg.* I. fr. 15. §. 3. *de R. V.*) und fr. 12. §. 4. *Ad exhib.* fast unwidersprechlich anerkannt. Madai kann die erste Stelle nur dadurch beseitigen, dass er annimmt, es sei in ihr keine *mora* vorausgesetzt, die, wenn der Verklagte sich *bona fide* auf den Prozess einlasse, nicht eintrete (fr. 24. pr. *h. t.*), allein es ist nicht der geringste Grund dazu vorhanden, gerade diesen seltenen Fall hier zu supponiren; den anderen Stellen setzt er hauptsächlich entgegen, dass sie nicht von *mora*, sondern von *malae fid. p.* handeln; das ist zwar richtig und die *m. f.* ist nicht als Grund einer *mora* zu betrachten, s. Anm. [68], dennoch ist der von M. versuchte Beweis eines Unterschieds in Tragung der Gefahr aus inneren Gründen nichts weniger als überzeugend, sondern nur ein Fortspinnen aus dem vermeintlichen allgemeinen Princip, dass *obl. perpetuatur;* mit viel grösserem Recht kann man hier sagen, dass, wenn ein *m. f. possessor* durch einen solchen zufälligen Untergang frei werde, der Säumige, welcher gar nicht *in m. f.* zu sein braucht, um so weniger einer strengeren rechtlichen Beurtheilung anheim fallen könne. Gegen M. hat sich auch erklärt Vangerow a. a. O. S. 207 ff. — In Zusammenhang hiermit hat nun Wolff a. a. O. die Frage, wie sich die Beweislast regulire, wenn der Kläger sich darauf (replicando) beruft, dass, wenn zwar die Sache bei ihm auch zu Grunde gegangen wäre, er dennoch sich ihrer früher entäussert haben und somit nun durch die *mora* um den Kaufpreis kommen würde? dahin beantwortet, der Verklagte müsse beweisen, dass der Kläger die Sache nicht würde verkauft haben, weil der Verkauf doch im Allgemeinen möglich gewesen sei, und sich annehmen lasse, dass der Berechtigte von dieser Möglichkeit zu seinem Vortheil würde Gebrauch gemacht haben. Es ist wohl kaum zu bemerken, dass dieses Anführen die Grundsätze von der Beweislast der Partheibehauptungen nicht umstossen kann. Die vorstehend erörterte Frage, welche mit der Vertretung des Zufalls bei *act. in rem* (s. Bd. I. §. 52. Anm. [40]) in engstem Zusammenhang steht, hat eine neue Untersuchung durch Savigny System Bd. VI. S. 170—198. erfahren, welche ihn zu dem Resultat führt: „der Verklagte haftet für den zufälligen Untergang der Regel nach von da an, wo er verklagt ist, immer, und nur dann ausnahmsweise nicht, wenn der Kläger selbst im Fall des ihm rechtzeitig eingeräumten Besitzes der streitigen Sache nicht im Stande gewesen wäre, den Verlust von sich abzuwenden, was durch zeitigen Verkauf möglich ist; dabei fällt eventualiter die Beweislast auf den Verklagten, dass ein solcher nicht Statt gefunden haben würde.“ Ich muss bei der schon früher vorgetragenen Ansicht beharren, die aus den zahlreichen, eine verschiedenartige Auffassung der Sache ergebenden Stellen, welche in die Pandekten Aufnahme gefunden haben, resp. dem Streit der Proculianer und Sabinianer (s. Keller Lit. Cont. S. 170. Anm. [4] und schon *Cujac. Op.* T. VII. p. 265 ff.) die im Text vorgetragene Regel mit der Beschränkung festhält: „ausser wenn die Sache auch beim Kläger durch denselben Zufall zu Grunde gegangen sein würde,“ und wobei der Verkauf nur als ein mögliches Mittel in Betracht fällt, dem zu entgehen, von dem der Kläger zu beweisen hat, dass er dazu geschritten sein würde. (Hiermit ist auch neuerlich Wächter einverstanden Erörter. H. 3. S. 133. Anm. [94].) Wider Savigny's Auslegung und Verwendung der zahlreichen hier in Betracht kommenden Stellen gilt (eine ausführliche Widerlegung ist hier natürlich nicht möglich) vorzüglich, dass er zuvörderst aus angestellten Betrachtungen über die innere Natur der Rechtsverhältnisse, Billigkeit u. dergl. allgemeine Gesichtspunkte zu gewinnen sucht, von denen aus die nachher geprüften Quellenzeugnisse in der für sie präparirten Beleuchtung erscheinen, und dann in der Beseitigung der für die diesseitige Ansicht entscheidendsten Stellen, die eine mehr oder minder willkührliche zu nennen ist. So namentlich ist es m. E. ziemlich unbegreiflich, wenn er die Möglichkeit des Verkaufs als Motiv der Rechtsregel und nicht als Bedingung ihrer Anwendung (S. 184 f.) vertheidigt. Das führt offenbar auf eine Vermuthung des Verkaufs (*praes. juris*) hinaus; die kann doch aber nur etwa für *res venales* zugegeben werden, (s. *Cujac. l. l.*) während übrigens sogar vielmehr das Gegentheil zu vermuthen ist. Natürlich erscheinen alle vom Verkauf handelnde Stellen sofort in einem anderen Licht, wenn man dieser Erwä-

befinden, kommt diese Ausnahme nicht zu Statten[45]. Auch diese Wirkung tritt in der That unter den Begriff des Schadensersatzes, indem rechtzeitige Leistung dem Gläubiger den dadurch bezweckten Vortheil verschafft haben würde[46]. Anstatt der untergegangenen oder verschlechterten Sache wird also deren Werth nach den Grundsätzen von Nr. 1) geleistet; hatte der Gläubiger eine Gegenleistung zu thun und diese bereits gethan, so wird deren Rückzahlung den Hauptgegenstand des Interesses ausmachen[47].

3) Wenn an den Eintritt des Verzugs durch Beabredung besondere Folgen geknüpft sind, so werden dieselben, wie mit dem einer jeden Bedingung natürlich wirksam; es gilt also hier im Ganzen dasselbe, wie wenn solche schon auf die blosse Nichterfüllung der Leistung gesetzt worden sind, vgl. Nr. I. 1. 8) und s. überhaupt §. 88. III. und §. 101. I. 3.

Geltend gemacht werden die Wirkungen des Verzugs, soweit sie auf einer selbstständigen Obligation beruhen (s. Nr. 3)), mittelst der Klage aus dieser, soweit sie aber nur eine Erweiterung der Hauptobligation sind, auch nur mit der Klage aus der letzteren[48].

2. Die Gründe, aus welchen für den Schuldner Verzug eintritt, zerfallen in die nachher folgenden beiden Klassen, von denen sich jedoch die zweite zur ersten wie die Ausnahme zur Regel verhält[49]. Um den Begriff selbst wider ihn herzustellen,

gung Einfluss auf sich verstattet. — Die beiden Hauptstellen aber, fr. 15. §. 3. *de R. V.* und fr. 14. §. 11. *Quod metus caussa*, wird sich auch schwerlich Jemand durch die ihnen gewordene Auslegung (S. 188. und 194.) wegdisputiren lassen.

[45] Fr. 19. *de Vi*, fr. 8. §. 1. fr. 20. *de Cond. furt.* c. 7. *de Cond. ob turp.* Die Beweiskraft dieser Stellen besteht zwar nur in der Anerkennung einer verstärkten Haftung und der ausdrücklichen Erwähnung des *casus* in einigen, ohne dass dabei der Ausnahme gedacht ist. Strenggenommen liesse sich daher diese daneben noch denken, was denn auch z. B. Wening §. 242. (104.) t) und Thibaut §. 99. wirklich annehmen, gestützt auf fr. 14. §. 11. *Quod metus* und fr. 30. §. 1. *de Jurejur.*, doch beweisen diese Stellen wiederum das positiv durchaus nicht, s. auch Madai S. 307 f. und Vangerow a. a. O. S. 209 f. Allein der Ausschluss der Ausnahme rechtfertigt sich hier aus der als Strafe charakterisirten Haftung des Thäters, s. c. 9. *de Furtis*, fr. 50. pr. *eod.* A. M. mit Vangerow ist Wächter Erörter. H. 3. S. 133. Anm. [94]; die dafür vorgebrachten Gründe überzeugen mich aber nicht.

[46] S. Anm. [29] und vergl. Wolff S. 461.

[47] Ausser den obigen beiden werden von Manchen noch mehrere Wirkungen der *mora* aufgezählt, namentlich: 1) die Zurückhaltung der Gegenleistung, s. im Text Nr. I. 7,; 2) das Recht des Rücktritts vom Vertrag, s. Anm. [12]; 3) Verlust des Wahlrechts bei alternativen Leistungen, oder deren Ortsbestimmungen; von dieser Doppelwirkung ist die erste nicht gegründet, s. Madai S. 397 ff., über die zweite s. Nr. I. 4, und vergl. dens. S. 400 ff.; 4) Verwandlung der *a. temporales in perpetuas* (wegen fr. 59. §. 5. *Mandati*), s. dens. S. 402 ff. Dagegen lässt sich: a) eine solche mit Recht dann annehmen, wenn für die obligationsmässige Haftung vertragsmässig eine kürzere Dauer bestimmt und der Schuldner *in moram* versetzt ist, indem die *replica doli* dann der *exc. pacti* entgegengesetzt werden kann, s. dens., Puchta §. 268. b) und Wolff a. a. O. S. 468 ff.; b) eine besondere Wirkung der *mora* in Folge erhobener Klage ist die Strafe zur Entrichtung des Doppelten in Ansehung der einer Kirche oder *pia caussa* hinterlassenen Vermächtnisse, s. §. 19. 23. 26. *I. de Action.* vergl. darüber §. 101. III. b.

[48] S. §. 87. II. b), §. 86. Anm. [3], §. 84. Anm. 6b [7]. Höpfner Beitr. Bd. II. S. 3. spricht von einer Praxis, welche hiervon in sofern abweiche, als in manchen Fällen auch eine selbstständige Klage auf die Folgen der *mora* zugelassen werde, welche nach R. R. eine solche entbehren; wenn dergleichen vorkommen sollten, so müsste ich darin eine principienlose richterliche Willkühr erblicken.

[49] Deshalb wird scheinbar die zweite, *ex re*, ganz als eine solche geleugnet in fr. 32. pr. *h. t.*, fr. 36. §. 3. *de Leg.* I., s. jedoch dagegen Madai S. 19 f. Die Stelle spricht also nur von der Regel und ist so zu verstehen, dass nicht schlechthin *ex re*, d. h. durch das Schuldverhältniss und seine Lage selbst, *mora* entstehe,

ist zwar nicht erforderlich, dass der Schuldner sich in einer ihm zuzurechnenden Schuld (s. §. 101. II.) befinde, es wird rücksichtlich seines subjektiven Verhaltens bei der eingetretenen Zögerung nichts weiter als bei dem Begriff der Nichterfüllung vorausgesetzt; von dieser Seite her betrachtet wird der Verzug vielmehr durch den Inhalt der Gründe charakterisirt, aus welchen er eintritt; allerdings aber wird der Begriff der Schuld meistentheils mit dem des Verzugs in Verbindung treten, so dass in der Regel da, wo die Voraussetzungen des letzteren zutreffen, es auch an der ersteren nicht fehlt[50].

woneben also sehr wohl Ausnahmen bestehen können; vergl. auch Benfey a. a. O. S. 160., das beweisen denn namentlich die zahlreichen Stellen, welche sagen, dass, (*aliquando*) *in re*, *re*, *re ipsa* oder *in rem*, *mora* eintrete: s. z. B. fr. 23. §. 1. fr. 38. §. 1. *h. t.* fr. 5. *de Minor.* fr. 3. §. 6. *de Adim. leg.* fr. 26. §. 1. *Fidss. libert.* c. 3. *In quib. css. i. i. r.* c. 7. *de Condict. ob turp. css.* Vergl. Benfey a. a. O. S. 180. Nur dürfen wieder Ausdrücke, wie *si quid in re mora fuit*, nicht immer von besonderen Fällen der *mora ex re* verstanden werden, sondern bedeuten auch zuweilen einfach: wenn ein Verzug dabei vorgefallen ist, s. z. B. fr. 38. §. 1. *h. t.* (vergl. Anm.[21]). Gleichwohl ist öfters die *mora ex re* als Art derselben bestritten worden, s. die Widerlegung M.'s a. a. O. — Eine ganz besondere Ansicht von der *mora ex re* hat Wolff S. 308 ff.; er knüpft sie nämlich an den Gegensatz des *in personam* und *in rem*, letzteren darin angedeutet findend, an, und folgert dann, dass sie in allen Fällen die von ihm sog. objektive *mora* bedeute, woneben dann in einem prägnanten Sinn zuweilen diejenigen *species* der letzteren (wie *in rem a.* die *R. V.* bedeute) verstanden würden, welchen eigenthümliche Wirkungen in Folge der Bevorzugung gewisser Personen und Verhältnisse zukommen. Diese Meinung ist völlig unhaltbar; vergl. auch Benfey a. a. O. S. 180. 185 ff.

[50] Ob zu dem Begriff der *mora* im eigentlichen technischen Sinn (s. Anm.[3]) *culpa*, *lata* oder *levis* erforderlich sei, ist bis auf die neueste Zeit sowohl für die des Schuldners wie des Gläubigers ausserordentlich bestritten. Was I. die des ersteren betrifft, so sind namentlich die beiden Monographen, Madai und Wolff, darin einverstanden, dass *culpa* erforderlich sei. Die Hauptgründe dafür und also m. a. W., dass die *mora* eine *species* der von jedem Obligationsinteressenten zu prästirenden *culpa* sei, sind diese: 1) wäre jede Verzögerung einer schuldigen Leistung eine *mora*, so könne auf den Grund derselben nichts ankommen, sondern die Thatsache selbst müsste immer jene Folgen haben, wogegen doch fr. 21. *h. t.* streite; 2) dass die *mora* als *culpa* ausgelegt werden müsse, folge daraus, dass, wo die letztere nicht konkurrire, die Nachtheile der ersteren nicht eintreten. Dies aber ergebe sich aus fr. 5. *de R. C.* fr. 24. pr. *h. t.* fr. 63. *de R. J.* fr. 13. *Depos.* 3) in fr. 9. §. 1. *h. t.* ist unter Umständen von einer *inculpata mora* die Rede, wonach jede, welche die gewöhnlichen Folgen herbeiführen soll, eine schuldvolle sein zu müssen scheint; 4) in fr. 91. §. 3. *de V. O.* erscheint die *mora* als eine Art der die *perpetuatio oblig.* herbeiführenden *culpa;* 5) die Exkusationsgründe der *mora* führen auf das Princip zurück, dass, wo keine *culpa* vorliege, auch keine *mora* anzunehmen sei. Vergl. Madai S. 12 ff.; damit stimmt überein Schilling a. a. O. S. 220 ff. Dieser verlangt nach fr. 5. §. 4. *de In lit. jur.* und vermöge der Voraussetzungen dieses Eids *culpa lata*, und erkennt darin auch ein Argument, sowie in den üblichen Ausdrücken: *per debitorem stetit* oder *factum est*, welche immer von einer Verschuldung zu verstehen seien, nach fr. 15. pr. 23. §. 1. *de Operis libert.* und fr. 1. §. 13. *de Extraord. cogn.* Ebenso Fritz Erl. zu Wening Bd. II. S. 347., welcher als Hauptgrund die Wirksamkeit der Entschuldigungsgründe ansieht, woraus die Nothwendigkeit der Existenz einer Schuld folge; ingleichen Vangerow a. a. O. S. 190 ff. Der Wolff'schen Auffassung des ganzen Wesens der *mora* liegt natürlich dieselbe Ansicht zu Grunde (bes. S. 255 ff.), nur dass er freilich alle die Stellen, welche keine *culpa* voraussetzen, auf die von ihm sogenannte objektive *mora* bezieht (vergl. S. 252.) und ihm tritt Heumann a. a. O. S. 370. bei. Die entgegengesetzte Meinung fusst besonders darauf, dass 1) im C. J. die *mora* als ein Institut für sich, in Verbindung mit den Zinsen, und in dem Titel von diesen behandelt worden sei, ohne alle Anknüpfung an *culpa*, und dass 2) in den Quellen nie von einem bestimmten Grad der *culpa* die Rede sei, vielmehr die häufigen Ausdrücke: *cum per te stetit*, *mora fuit*, *factum est*, sogar den Zufall in der Person des Be-

a. Um den Schuldner in Verzug zu setzen und die diesem eigenthümlichen Wirkungen herbeizuführen, ist regelmässig Mahnung, Interpellation erforderlich

theiligten nicht ausschliessen. S. Schömann Lehre vom Schadensersatz. Theil II. S. 10 ff. und für den letzten Umstand auch Wolff S. 253 f. Dieser Meinung tritt auch Benfey a. a. O. S. 352 ff. bei, indem er namentlich 3) Fälle anführt, in denen *mora* eintrete, ohne dass dem Betheiligten *culpa* irgend einer Art zur Last falle, so bei der *mora ex re*, welche zu Gunsten Minderjähriger bei gewissen Geldforderungen angenommen wird, bei schuldloser Verarmung des Schuldners, und wenn der Erbe eine Sache veräussert habe, die der Erblasser bereits verkauft, wovon jener aber nichts erfahren hatte. Andererseits trete 4) eine *excusatio a mora* durch Mangel der *culpa* (*lata*) nicht immer ein, wie im schon erwähnten Fall der Verarmung. (S. noch dens. S. 356 ff. gegen Wolff's Interpr. des fr. 1. §. 22. *Depos.* und fr. 91. §. 3. *de V. O.*) Derselben Ansicht ist auch Puchta §. 269., welcher noch besonders bemerkt, dass die *mora* als Rechtsverletzung *culpa* genannt und auch deren Voraussetzung: *per eum factum est* etc., im weiteren Sinn so bezeichnet werden könne. (Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 108. unterscheidet zwischen verschuldetem und unverschuldetem Verzug, wodurch eine grosse Unklarheit und Unsicherheit darüber entsteht, welcher eigentlich gemeint sein solle, wenn er nachher von den Folgen u. s. w. des Verzugs spricht, S. 117 ff.) Eine Mittelmeinung endlich hat Rosshirt in s. Ztschrft. Bd. III. S. 17. (s. auch S. 29.), indem er bei *str. jur. obl. culpa* für unnöthig hält, bei *b. f. obl.* für erforderlich. Dies ist völlig unerwiesen und willkührlich. — Eine unbefangene Betrachtung dieses Materials ergiebt folgendes Resultat: die Beweisführung der die Schuld, *lata* oder *levis*, als Erforderniss der *mora* aufstellenden Ansicht lässt es nicht zweifelhaft, dass die *mora* ganz vorherrschend mit *culpa* in Verbindung gedacht ist; ein klares Argument dafür liegt in fr. 21. verb. mit 22. *h. t.* und in der fr. 9. §. 1. *eod.* als *inculpata* bezeichneten unwirksamen *mora*. Dafür zeugt auch noch der ohne Andeutung von etwas Besonderem, also ganz unwillkührliche, damit abwechselnde Gebrauch von *cessatio* und *frustratio*, s. fr. 3. §. 4. fr. 17. *h. t.* fr. 37. in f. *Mandati.* Dennoch ist der Beweis nicht geführt, und also auch wohl schwerlich zu führen, dass die *culpa* ein so absolutes Requisit sei, ohne welches bei entstandener Verzögerung einer Leistung niemals die Folgen der *mora* eintreten. Es muss also die ganze Beweisführung ihren absoluten Zweck verfehlen, sobald das Letztere für Fälle zugegeben werden muss, in denen man eine *culpa* nicht annehmen kann. Abgesehen nun selbst davon, dass in der Frage, ob *mora* vorhanden sei, nach fr. 32. pr. *h. t.* dem Richter freier Raum unter Berücksichtigung der Umstände gestattet, und diese Frage schlechthin als eine *qu. facti* bezeichnet ist, ohne die *culpa* dabei zu erfordern, (die entgegengesetzte Meinung müsste diese also als schon stillschweigend in jenem Begriff für enthalten betrachten,) lässt sich in den beispielsweise von Benfey aufgestellten Fällen der Eintritt einer wahren *mora* nicht leugnen. Wenn also z. B. in c. 3. *In quib. causs. i. i. r.* zu Gunsten Minderjähriger aus der *tarda pretii solutio mora fieri creditum est*, und dieses *tardius inferre* in fr. 17. §. 4. *h. t.* ausdrücklich, also jeden Falls als etwas Schuldloses, der *mora* entgegengesetzt wird (vgl. Anm. [1]), so ist doch in der That hier der Begriff der *culpa* als Erforderniss für die *mora* ausgeschlossen? (Heumann will S. 368. b hier eine *ficta culpa* hinzuthun, allein das ist ein zu Ehren des vermeintlichen Princips geschehener, klar ersichtlicher Nothbehelf.) In dem Beispiel schuldloser Verarmung des Schuldners ferner fehlt es offenbar an einer *culpa*, wenn er gemahnt nicht zahlen kann, und dennoch unterliegt es keinem Zweifel, dass er z. B. durch Interpellation *in moram* geräth, indem ihm kein rechtlich anerkannter (s. Nr. 4. im Text) Entschuldigungsgrund zur Seite steht; s. fr. 137. §. 4. 5. *de V. O.* und dazu Schömann a. a. O. S. 299 ff. bes. 305 *). Madai's Entgegnung hierauf (S. 11.), dass, „wenn ein die Leistung absolut hindernder Zufall eintrete, der die *culpa* ausschliesse, also m. a. W. die Leistung durch Zufall unmöglich wird, keine *mora* vorhanden sei", trifft, da die Erfüllung in dem vorausgesetzten Fall nicht absolut, sondern nur dem Schuldner unmöglich geworden, ebensowenig, als Fritz's (S. 347.), dass der Schuldner seine Verbindlichkeit auch für solche Fälle übernommen habe, denn das wird ja nirgends bezweifelt, und ist mit seiner Schuldlosigkeit, zahlen zu können, recht wohl verträglich. Das dritte Beispiel hat m. W. noch keine Entgegnung erfahren. Ich muss daher der Ansicht Benfey's (S. 358.) bei-

(*mora ex persona*), d. i. eine bestimmte Aufforderung, ein Begehren der Leistung[51]. Die letztere ist als eine sofortige gemeint, also, dass der Gläubiger zu deren Annahme sogleich, oder doch in einer deren Inhalt angemessenen oder von ihm selbst bestimmten Frist, bereit ist. Verhält sich in dem letzten Fall der Schuldner passiv, so muss daraus auf hierzu erforderliches Einverständniss geschlossen werden, während die sofortige Bereitwilligkeit desselben zur Leistung vom Gläubiger nicht zurückgewiesen werden darf, ohne dass er selbst nun in Verzug gerathen würde[51a].

pflichten, dass die Voraussetzungen und Wirkungen der *mora* unabhängig von denen der *culpa* aufzusuchen seien; allerdings werden da, wo die ersteren eintreten und kein gültiger Entschuldigungsgrund die Folgen abwendet, fast immer *culpa* oder gar *dolus* vorhanden sein, aber keineswegs immer. — Abgesehen von dem spezifischen Gewicht dieser eigentlichen Beweis- und Gegenbeweisgründe spricht wider das Erforderniss der *culpa* auf Seiten des Schuldners noch der Umstand, dass die Vertheidiger desselben über seine Verbindung mit dem Begriff der *mora* im Ganzen nicht nur nicht einig sind, sondern zum Theil selbst überzeugend beweisen, dass es nur auf den Schuldner, resp. nur in Folge der Interpellation Anwendung leide. Zwar nimmt Madai S. 86. für die *mora ex re* ebenfalls *culpa* als Unterlage an; dagegen findet Wolff (S. 311. 314. vgl. mit §. 9. u. 11.) in ihr nur eine *species* der von ihm sog. objektiven *mora*, wobei denn *culpa* ausser Betracht fällt. Das ist nun freilich ein Irrthum, (s. Anm. [49]) indessen doch ein sicheres Zeichen, dass er, wenn er sich von demselben überzeugen sollte, das Erforderniss der *culpa* für diese Fälle aufgeben müsste; dass aber auch in mehreren der Fälle, in welchen *mora ex re* eintritt, ganz bestimmt keine *culpa* vorausgesetzt wird, — man müsste sie denn fingiren wollen! s. vorher, — erhellt bis zur Evidenz, wenn man die Stellen der Anm. [69] und [70] zu diesem Zweck genauer prüft. Was nun aber II. die *mora creditoris* betrifft, so behaupten zwar Madai (S. 14 f. 227 g.) sowohl wie Wolff (S. 405 ff.), dass dazu ebenfalls *culpa* erforderlich sei. Dagegen macht Schilling S. 221 ff. mit vollem Recht geltend, dass für den Gläukiger von einer *culpa* darum ganz und gar nicht die Rede sein könne, weil für ihn gar keine Verbindlichkeit zur Annahme der Leistung besteht, indem ja sonst alle Obl. gegenseitige wären; s. nachher B. z. A. Zwar scheint Wolff S. 488—493. auch das nach fr. 9. *de A. E.* u. U. wenigstens allgemein zu behaupten, s. jedoch Anm. [103] a. E. Allerdings treffen ihn, wenn er nicht Verzicht beabsichtigt, nachtheilige Folgen seines Verzugs, allein das ereignet sich auch in anderen Fällen seiner Nachlässigkeit, s. z. B. fr. 24. *Quae in fraudem*, und sodann geschieht darum dem Schuldner durch Verweigerung der Annahme kein Unrecht, weil er nun zur Deposition des zu leistenden Objekts schreiten kann. Daher findet sich denn in den Quellen nicht nur nicht die geringste Hindeutung auf das Erforderniss der *culpa* zur *mora cred.*, sondern es steht dem auch fr. 18. pr. *de Pecun. const.* u. fr. 3. §. 4. *de A. E.* (gegen Madai's Einwendungen in Betreff dieser Stellen s. Schilling a. a. O. S. 222 f.) entgegen. Indessen bedarf es dieser besonderen Gründe zur Widerlegung der entgegengesetzten Ansicht neben dem ersten völlig überzeugenden Grunde nicht einmal. S. Benfey S. 255 f.

[51] Fr. 32. pr. *h. t.* fr. 36. §. 3. *de Leg.* I. fr. 23. *de V. O.*

[51a] Es ist hier eine Mahnung der Art, wie etwa: „ich verlange die Erfüllung und bin bereit, die Zahlung den ersten nächsten Monats anzunehmen," und dabei immer vorausgesetzt zu denken, dass sie früher gefordert werden könnte. Es liegt hier nicht nothwendig eine Nachsicht gegen den Schuldner vor, sondern ein solcher Zusatz ist vielmehr immer zunächst im Interesse des Gläubigers geschehen zu denken, indem es dabei auf Erfüllung des Requisits der Bereitwilligkeit zur Annahme für ihn ankommt. Daher ist denn auch die Einwilligung des Schuldners, der sogleich auf Annahme dringen könnte, erforderlich; sie muss aber, wenn er nicht widerspricht, darum unbedenklich geschlossen werden, weil er durch den Aufschub stets einen Vortheil haben wird, sein Schweigen also keine andere Auslegung zulässt. Sehr möglich ist es nun, dass die Erklärung des Gläubigers in einer solchen Form geschieht, wonach sie auch eine Nachsicht oder letzte Fristgestattung enthält; wie etwa: „ich verlange nun Erfüllung, und sehe ihr am ersten künftigen Monats entgegen." Diesen Fall würde ich jedoch noch ebenso beurtheilen. Wenn aber der Gläubiger sagt: „und gestatte [oder: höchstens] noch vier Wochen Stundung,"

Daher ist denn die Mahnung von einer blossen Erinnerung baldiger Leistung [52], sowie von der Kündigung, wenn eine solche beabredet worden, zu unterscheiden, denn auch die letztere hat nach Ablauf der Kündigungsfrist nicht die Wirkung der Mahnung, sondern die Forderung erscheint nunmehr erst in gleicher Weise fällig, wie sie es ohne die Beabredung der Kündigung sogleich gewesen sein würde [53]. Soll nun aber eine Mahnung bei fernerem Ausbleiben der Leistung den Verzug des Schuldners zur Folge haben können, so muss sie selbst unter folgenden Umständen geschehen und folgende Erfordernisse (vergl. auch Nr. 3. 4)) an sich tragen:

1) aus dem Begriff folgt zuvörderst, dass die Forderung fällig sein muss; eine Mahnung kann also nicht eher, als bis die Leistung erwartet und gefordert werden kann, mit Erfolg geschehen, und es nützt daher auch eine eventuelle, im Voraus geschehene nichts [54]. Zu welcher Zeit übrigens, wenn die Forderung fällig ist, ob an jedem beliebigen Tag und zu jeder beliebigen Stunde mit Erfolg gemahnt werden könne, das lässt sich nicht im Allgemeinen bestimmen, sondern hängt von der Natur der Leistung und den Umständen ab, welche der richterlichen Beurtheilung unterliegen [55]; eine dem zuwider geschehene Mahnung muss als eine erfolglose erscheinen.

2) Aehnlich, wie zuletzt bemerkt, verhält es sich mit dem Ort der Mahnung; dieser muss ein passender sein, um eine solche Mahnung an ihm vorzunehmen; dies entscheidet nicht die Zuständigkeit des Gerichts für den Schuldner in Bezug auf das Schuldverhältniss, so dass die Mahnung in demselben geschehen müsste, sondern einmal, der Gesichtspunkt der Schicklichkeit, um den Schuldner zu dem fraglichen Geschäft auffordern zu können, und sodann der, dass der Schuldner, wenn er von dem Ort, wo die Leistung nur geschehen kann, oder wo er sie leisten darf, arglos entfernt ist, nicht durch die vermöge der Entfernung nothwendige Verzögerung in einen ausser aller Berechnung liegenden Nachtheil gerathe; übrigens kann in der zweiten Hinsicht der Begriff des Unpassenden für Ort und Zeit zusammentreffen [56].

so entsteht das Bedenken, ob nicht die Mahnung hier nur eine eventuelle sei, so dass das Stillschweigen des Schuldners nur eine Einwilligung in die neue Frist enthalte, nach deren Ablauf die Sache erst wieder in die dermalige Lage kommen würde. Man wird jedoch auch in solchen und ähnlichen Fällen die Mahnung als richtig geschehen betrachten dürfen; der Gläubiger nämlich ist dann sicher auch früher zur Annahme bereit, und will doch auf allen Fall, dass nun die Erfüllung geschehe, und nicht blos bedingt gemahnt haben.

52 Ob diese nur, oder ob Mahnung geschehen sei, kann Sache der Auslegung gebrauchter Ausdrücke sein; vgl. Madai S. 35 ff. Wolff S. 236.

53 Wer die Regel *dies interp. pro hom.* anerkennt, würde vielleicht mit Ablauf der Kündigungsfrist die *mora* eintreten lassen, s. jedoch selbst Madai S. 43., der jene bejaht.

54 Fr. 88. *de R. J.* fr. 49. §. 3. *de V. O.*

55 Vgl. Wolff S. 279 f. Madai S. 43. ist hier aus demselben wie in der folg. Anm. angeführten Grunde irrig a. M.

56 Fr. 32. pr. *h. t. opportuno loco* fr. 39. *de Solut.* erfordert dasselbe und *tempus* für den Gläubiger, worin die Gleichheit des Grundsatzes sich zeigt. Die Glosse hält nun nur den Ort für geeignet, wo auf Erfüllung geklagt werden kann; ebenso Wolff S. 280 ff., so dass er bei bestimmtem *locus solut.* die Mahnung nicht einmal im Domicil, dagegen aber dort auf der Strasse oder auf einem Spaziergang für statthaft hält. Hiergegen bemerkt Madai S. 40. mit Recht, dass, wenn nur im Sprengel des kompetenten Gerichts gemahnt werden könne, es der Schuldner in der Gewalt habe, indem er nun nur sich darin nicht betreffen zu lassen brauche, nur geht er darin zu weit, dass er jeden Ort für erlaubt hält, selbst wenn in dessen Wahl eine ganz besondere Unschicklichkeit liege, denn die Mahnung solle dem Schuldner nur des Gläubigers Willen kund thun; aber es fragt sich ja eben auch nur um den passenden Ort dazu? Hiermit geht nun

3) Mahnen kann nur der geschäftsfähige Gläubiger, oder, wenn er es nicht ist, seine desfallsigen Vertreter in Rechtsgeschäften; ebenso Bevollmächtigte, doch mit diesem Unterschied: wenn die Leistung nicht von der Art ist, dass dieselbe nun sofort erwartet wird, und geschehen kann, also namentlich nicht eine augenblickliche Uebergabe eines Gegenstands betrifft, so genügt für sie der Auftrag zum Mahnen, ohne dass es eines solchen zur Annahme und zum Bekenntniss darüber bedürfte; entgegengesetzten Falls ist ein solcher der letzteren Art erforderlich, weil der Schuldner dies zu seiner Sicherheit und Ueberzeugung verlangen kann, ohne denselben aber von einer Person etwas gefordert werden würde, welcher die Leistung zu gewähren, er nicht gehalten ist. Geschäftsbesorger ohne Auftrag können nur in den von ihnen selbst besorgungsweise eingegangenen Geschäften mahnen, ausserdem nicht[57]. Gemahnt werden muss der Schuldner, und zwar muss er, wenn die Mahnung Erfolg haben soll, die rechtliche Fähigkeit haben, von seinem Vermögen zu

das Gebot des *opportunus locus* gänzlich, aber nur durch falsche Beziehung dieser Worte auf *solverit* verloren, s. Schilling S. 226. Diese Ansicht ist daher zu weit, was die erste zu enge ist. Gewiss hat das Erforderniss der Opportunität den doppelten Zweck, dass der Gemahnte nicht in seinem Gefühl dadurch verletzt werde, also den der Schicklichkeit, und dann, dass er nicht an einem Ort gemahnt werde, wo er gar nicht, oder nicht sogleich leisten kann, und nun auf eine ganz unbillige Weise in Nachtheil gerathen würde. Davon heisst es in fr. 32. *d.: quod apud jud. examinabitur*, und dass *difficilis hujus rei definitio*, und die Frage *magis facti quam juris* sei. (Wenn man nämlich diese Worte auch im weiteren Sinn, nämlich auf die Frage, ob *mora* überhaupt geschehen sei, verstehen kann, so passen sie doch natürlich auch bei solcher Voraussetzung.) In ersterer Hinsicht wäre also z. B. eine Mahnung in der Kirche, in öffentlicher Gesellschaft, auf der Strasse (s. den Schol. zu den Basil. Tom. III. p. 341. *not. e*, der dieses Beispiel hat) unstatthaft und erfolglos; in der zweiten Hinsicht z. B. die Mahnung zur Räumung und Zurückgabe eines schuldigen Hauses in Leipzig, oder zur Zahlung einer grossen (zinslosen) Geldschuld, oder die Leistung *insulam aedificandi* in der Heimath, während Gläubiger und Schuldner zusammen auf einer Reise in fernen Landen begriffen sind. Brennt jenes Haus inzwischen ab, so würde das *periculum* natürlich den Schuldner nicht treffen können, ohne die Konsequenz zur Absurdität zu treiben. Es kann daher dieses Erforderniss nicht schärfer bestimmt, sondern muss nach den gedachten beiden Rücksichten hin der Beurtheilung des Richters überlassen werden. — Geschieht die Mahnung schriftlich, so würden dieselben Grundsätze nur soweit zur Anwendung zu bringen sein, als der Mahnende deren Behändigung der Zeit und dem Ort nach in seiner Gewalt hat; ebenso, wenn durch Boten.

[57] Fr. 24. §. 2. *h. t.*, dass der Gläubiger geschäftsfähig sein müsse, bedarf keines Beweises, s. übrigens fr. 17. §. 3. *h. t.*, ebensowenig, dass sonst der, wer ihn darin vertritt, Vormund oder Kurator, dazu berechtigt sei. Dagegen aber fragt sich: 1) muss ein Bevollmächtigter, um mahnen zu können, die Leistung anzunehmen beauftragt sein, oder genügt der Auftrag zu mahnen? Madai S. 50. hält das Letztere für ausreichend (S. 52. widerspricht er sich), Wolff S. 269. erfordert das Erstere. Mir scheint die Wahrheit in der Mitte zu liegen, wie, und aus den Gründen, worauf gestützt dies der Text ergiebt; auch können hierher die Worte des cit. fr. 17. gezogen werden: *quid enim imputari potest etc.;* 2) wegen des Geschäftsbesorgers ist in der Stelle zwar gar keine nähere Bestimmung getroffen, indessen wird mit Recht eine Beschränkung der im Text gedachten Art anzunehmen sein, da der Schuldner sonst in keiner Weise jedem auftragslos Auftretenden zu leisten, oder nur ihm Glauben beizumessen braucht, zumal ja der *neg. gestor* auch nicht für den *dominus* klagen kann, fr. 6. §. ult. *de Negot. gest.* Soweit jener aber Geschäfte für den Anderen erst eingegangen ist, hat er sie auch zu vertreten und kann sie natürlich, sogar *principaliter*, geltend machen. Vgl. auch die Gen. — Dass übrigens der Schuldner eine sog. Legitimation des Mahnenden fordern kann, soweit es deren bedarf, d. h. wenn er nicht schon seinen Gläubiger persönlich kennt, oder ein angeblicher Cessionar, Erbe u. s. w. auftritt, und die der Bevollmächtigten natürlich auch, versteht sich

veräussern; fehlt ihm diese, so muss die Mahnung an seinen desfallsigen Vertreter geschehen [58]. Eine an Bevollmächtigte des Schuldners geschehene Mahnung hat den gewöhnlichen Erfolg, sobald der Auftrag des Schuldners wenigstens dahin ging, die Besorgung der fraglichen Schuldangelegenheit wahrzunehmen und darüber mit dem Gläubiger in Berührung zu treten, also um so mehr, wenn er einen grösseren Kreis von Geschäften, zu denen jene gehörte, oder gar eine allgemeine Verwaltung der Rechts- und Vermögensangelegenheiten des Schuldners betraf. Untergebene und Boten erscheinen auch hier blos als Mittelspersonen, welche der Mahnung zum Organ dienen, wie Briefe, so dass es nur darauf ankommt, dass der Schuldner auf diese Weise davon unterrichtet wird [59].

von selbst; erst von da an, wo dieser Nachweis geschehen, würde die Mahnung Erfolg haben. S. auch fr. 13. pr. *Depositi.*

[58] Fr. 24. *de V. O.* fr. 5. §. 20. *Ut in poss. leg.* Die Leistung oder Zahlung im weiteren Sinn ist zwar nicht immer eine Veräusserung, z. B. bei den auf eigentliches *facere* gerichteten Obl., da aber auch hier die Leistung des Interesses im Hintergrunde steht, und zur Exekution in das Vermögen führt, so findet keine Ausnahme Statt. — Wegen fr. 56. §. 7. *de Evict.* s. Madai S. 58. [123].

[59] Wegen Schweigens der Quellen, bis auf fr. 32. §. 1. *h. t.*, welches nur des *servus* gedenkt, ist hierüber viel Streit, s. Madai S. 53 ff. Wolff S. 271. Der erstere, gestützt auf die Analogie des fr. 20. §. 11. *de H. P.*, nimmt durch Mahnung des Prokurator die Wirkung der *mora* immer an, sobald dem Schuldner nur Nachricht hinterbracht worden ist, und schliesst dann davon weiter, dass auch die Mahnung an einen Diener genüge, weil es immer nur darauf ankomme, dass dieselbe dem Schuldner bekannt werde. Der zweite hält den Satz fest, dass eine Mahnung nur an Den mit Erfolg geschehe, wer verklagt werden könne, mithin müsse selbst ein Prokurator ein solcher sein, der zur Vertretung des Mandanten im Prozess gezwungen werden könne, wie fr. 23. pr. *h. t.* u. fr. 88. *de R. J.* ergeben. Mir scheint auch hier die Wahrheit ziemlich in der Mitte zu liegen, und zunächst zwischen solchen Personen, welche den Schuldner in der fraglichen Angelegenheit rechtlich vertreten, und den blossen Mittelspersonen des Willens unterschieden werden zu müssen. Dass sich der Gläubiger zur eigentlichen Kundgebung und Erklärung der Mahnung eines Boten so gut wie eines Briefs bedienen dürfe, kann nicht bezweifelt werden. Soll dann die Mahnung Erfolg haben, so versteht es sich ferner nicht minder von selbst, dass der Schuldner sie erfahren, der Brief also wirklich in seine Hände gekommen sein müsse. Dass nun ein Diener oder Untergebener des Schuldners, so gut wie er, den Brief in Empfang nehmen kann, um ihn seinem Herrn zu geben, auch die Bestellung des vielleicht nicht vorgelassenen Boten annehmen und mit Erfolg seinem Herrn hinterbringen kann, das wird ebensowenig einem Bedenken unterliegen. Soweit also kommt Alles darauf an, dass der Schuldner die Mahnung erfährt; und sie kann unter diesen Umständen auch nur als an ihn selbst geschehen betrachtet werden, die Mittelspersonen dienen hier blos als Organ des Willens des Gläubigers. Wenn nun derselbe sich unmittelbar an einen Untergebenen des Schuldners wendet, und ihm die Mahnung an diesen bestellt, so sehe ich keinen Grund, weshalb hier die Sachlage anders als bisher beurtheilt werden soll, es wäre ja möglich, dass der Gläubiger vom Schuldner nicht vorgelassen wird. Soweit also halte ich die Madai'sche Ansicht für gegründet. Ganz anders aber, wenn der Schuldner die Mahnung nicht erfährt. Alsdann kann allerdings dieselbe nur an eine solche Person mit Erfolg geschehen betrachtet werden, welche vom Schuldner entweder Auftrag hatte, in der fraglichen Angelegenheit wegen der Forderung mit dem Gläubiger in Berührung zu treten, oder kraft Generalmandats überhaupt mehrere oder alle Vermögensangelegenheiten desselben zu verwalten; diese ist dann dem Schuldner dafür verantwortlich, dass er die Mahnung erfahre, während der Gläubiger nicht weiter dabei interessirt ist, dass es wirklich geschehe. Geht deren Vollmacht soweit, Prozesse zu führen, vielleicht gar ausdrücklich in der fraglichen Schuldsache, so ist natürlich kein Zweifel, dass die Mahnung an den Beauftragten mit Erfolg geschehen könne. Allein, ich halte es nicht für nöthig, dass der Auftrag sich hierauf erstrecke. Gesetzt, es schickt der Schuldner einen Bevollmächtigten nach Ablauf der Zah-

4) Einer besonderen Form bedarf die Mahnung nicht; es genügt eine einmalige ernstlich und bestimmt ausgesprochene[60] und aussergerichtliche[61], sie sei schriftlich oder mündlich[62]. Dieselbe äussert auch sofort ihre Wirksamkeit; zwar wird dem Schuldner auch dann noch die gewöhnliche mässige, nach richterlichem Ermessen zu beurtheilende Frist zur Bewirkung der Leistung selbst gestattet (s. nachher Nr. 4. z. A.), dadurch wird aber nur, wenn sie nun wirklich geschieht, die Folge, soweit sie das Interesse begreift, ausgeschlossen, nicht die des Uebergangs der Gefahr, wenn die Leistung während dieser sonst dazu im Allgemeinen gestatteten Frist unmöglich geworden sein sollte[63]. Eine gerichtliche geschieht durch Anstellung der Klage,

lungsfrist zum Gläubiger, um diesen zu vermögen, noch einige Zeit zu warten, vielleicht sogleich eine Abschlagszahlung zu leisten, um dagegen noch einigen Aufschub zu gewinnen, der Gläubiger aber lehnt das ab, und verlangt die Zahlung sofort, mahnt also, — oder gesetzt, es muss der Schuldner eilig seinen bisherigen Wohnort verlassen, und macht öffentlich bekannt, Die, welche etwa Forderungen an ihn hätten, möchten sich bei dem Titius melden, und sie thun dies mit dem Verlangen sofortiger oder baldigster Zahlung, warum soll diese Mahnung nicht mit Erfolg geschehen betrachtet werden dürfen, auch wenn der Bevollmächtigte dem Schuldner gar nicht oder die Unwahrheit berichtet? Die beiden von Wolff cit. Stellen stehen natürlich dem gar nicht entgegen, während dessen Bemerkungen gegen die von Madai herbeigezogene Analogie gegründet sind. Auch von diesem Punkt also gilt Marcian's Wort in fr. 32. pr. *h. t.* — *an mora facta intelligatur — magis facti quam juris est.* — Erben, deren Erblasser gemahnt worden, brauchen nicht nochmals gemahnt zu werden, s. Madai S. 59. dort auch über die Mahnung jurist. Personen.

60 Dies würde nicht ausdrücklich bemerkt werden, wenn nicht bei älteren Juristen sich das Erforderniss einer wiederholten unter gewissen Umständen fände, was aber auf Misverständnissen mehrerer hierher gezogenen Stellen beruht, s. bes. Madai S. 45 ff. u. Wolff S. 284. auch *Gottschalk discept. for.* T. III. c. 20. über mehrere der obigen Punkte. Veranlassung dazu hat namentlich das von der Mahnung abwesender Schuldner nach ihrer Rückkehr sprechende fr. 32. §. 1. *de Usur.* gegeben, wonach selbst der erstere S. 225. freilich im Widerspruch mit seiner früheren Behauptung S. 46. eine Wiederholung der schon früher wirklich geschehenen Mahnung eines abwesenden Schuldners verlangt. Ich halte dagegen seine Erklärung am ersten Ort für ganz richtig, dass der Gemahnte nach seiner Rückkehr erklärt hat, es auf einen Prozess ankommen zu lassen, mithin der Forderung (ganz oder für jetzt) widersprach, und nun der Gläubiger nicht zur Klage schritt. Es liegt also hier eine Gestaltung der Verhältnisse vor, in welcher aus dem Benehmen des Gläubigers in dem konkreten Fall der Schluss gezogen wird, dass seiner ersten Mahnung mit seinem eigenen Willen keine Folge zu geben sei, sobald er nicht nun wirklich zur Anstellung der Klage schreitet. Das bestätigen auch die Basil. vollkommen, und hierzu halte ich nicht einmal erforderlich, dass der Schuldner gerade abwesend gewesen sein müsse. Es kommt also m. a. W. hier die Lehre von der Willenserklärung und deren Bestimmtheit zur Anwendung, und darauf an, ob die gegenseitigen Explikationen zwischen Gläubiger und Schuldner zu einem bestimmten Resultat geführt haben oder nicht. Vergl. Fritz S. 327 f. Anm. 339.

61 Aus ganz ungenügenden Gründen ist die aussergerichtliche Mahnung von älteren Juristen zuweilen ganz, oder u. U. für unstatthaft gehalten worden, s. Madai S. 28 ff. u. 60 ff. Wolff S. 285 ff. s. auch fr. 3. pr. fr. 38. §. 7. *h. t.* Vergl. vorher bei Anm. 51 und folg. Ob nach R. R. aussergerichtl. Mahnung bei *str. jur. a.* wirksam gewesen, darauf kommt jetzt nichts mehr an. S. darüber Rosshirt in seiner Zeitschrift Bd. III. S. 20. und überhaupt noch Fritz S. 326.

62 Vergl. Madai S. 39. s. auch fr. 122. §. 3. *de V. O.*

63 S. dens. S. 84 f. Geschieht die Leistung noch, so ist es, wie wenn sie zur rechten Zeit geschehen wäre, bleibt sie aber völlig aus, so dass Klage erhoben werden muss, so müssen auch nach m. E. die gesammten Folgen der *mora* von der Mahnung an, und nicht erst von Ablauf des *modicum tempus* an, z. B. die Zinsen, prästirt werden, wie Madai anzunehmen geneigt ist. Von besonderem Belang wird zwar die Differenz nicht sein, auch kommt es sehr auf den Inhalt und die Natur der Leistung an, dennoch kann

wozu dann aber deren förmliche Bekanntmachung an den Schuldner gehört, so dass er mit Behändigung des richterlichen jene mittheilenden Dekrets (wenn er sich nicht schon darin befindet) in Verzug gesetzt wird[64].

b. Es giebt einige Fälle, in welchen Verzug auch ohne Mahnung eintritt (*mora ex re*), oder diese durch einen anderen Umstand ersetzt wird, nur äussert er dann nicht überall (s. Nr. 3) und 4)) diejenigen Wirkungen, welche der durch Mahnung eintretende erzeugt. Diesen Fällen liegt kein gemeinsames Princip zu Grunde; sie beruhen theils auf einer durch den Schuldner herbeigeführten Nothwendigkeit, theils in dem Zweck, Vergehen auch hierdurch zu strafen, theils auf besonderer Rechtsbegünstigung gewisser Gläubiger oder Forderungen[65]. Wenn nämlich:

1) der Schuldner abwesend ist, und deshalb nicht gemahnt werden, auch es ihm als eine Nachlässigkeit angerechnet werden kann, dass er keinen Vertreter zurückgelassen habe, um so mehr also, wenn er absichtlich sich entfernt hat, so hat der Gläubiger das Recht, sich an den Richter zu wenden, und unter Darlegung und Nachweisung der Umstände ein Dekret zu beantragen, wodurch der Schuldner als in Verzug versetzt erklärt wird[66]. Der Zeitpunkt, von wann an dieser Verzug beginnt, ist der der Eröffnung des richterlichen Dekrets[67].

2) Wer durch ein Vergehen, d. i. hier Diebstahl oder Gewalt, oder auf sonstige widerrechtliche Weise in den Besitz einer Sache kommt, befindet sich in Ansehung der Verpflichtung zu deren Herausgabe sofort in Verzug, denn es wird meistentheils

ich den Ausschluss des Interesses für das *modicum tempus* eben nur unter der Voraussetzung des Textes anerkennen, nämlich weil es zur Realisirung jener erforderlich ist (s. §. 91.), wenn aber die Frist dazu nicht bemerkt wird, kein Grund vorliegt, die Wirkungen der *mora* ohne Unterschied nun nicht von deren wahrem Anfangspunkt beginnen zu lassen.

64 Fr. 35. *de Usuris*, fr. 40. *de R. C.* fr. 7. §. 7. *de Admin.* s. *Ulr. Huber prael. ad Pand.* Lib. 22. tit. 1. §. 17. Vergl. §. 33. Anm. [9] und die dort Gen., dazu noch: Madai S. 35., welcher nur gegen die (übrigens keineswegs allgemeine) Praxis, dass *mora* schon mit der Einreichung der Klage beginne, zu nachsichtig ist, Wolff S. 287. und Höpfner Beitr. z. Prax. Bd. I. S. 193 f. (welcher aber irrig mich für entgegengesetzter Ansicht hält, — s. meine Erl. Bd. I. S. 159. a. E.). Letzterer behauptet auch mit Recht dieselbe Wirkung für das von einem inkompetenten Richter, oder sonst fehlerhaft erlassene Dekret. — Es kommt auch wohl vor, dass, wie bei beabredeten Kündigungen, die Mahnung gerichtlich mit dem Ersuchen angebracht wird, sie dem Schuldner zu insinuiren und dem Antrag gefügt wird; vom Beginn der *mora* gilt dann dasselbe; ob die Mahnung eine gerichtliche genannt werden könne, indem sie wenigstens ausser einem Prozess geschehen ist, und jener Begriff mit diesem im Zusammenhang gedacht zu werden pflegt, kann bezweifelt werden, es würde aber ein völlig fruchtloser Streit sein.

65 Madai S. 87. sucht in allen eine Anwendung der (unrichtigen) Regel *dies interpellat pro hom.*, was nicht einmal zu erweisen wäre.

66 Fr. 23. §. 1. *h. t.* (fr. 2. *de Naut. foen.*) Die Beschränkung folgt aus der Verbindung mit dem pr. *eod.*, wonach eine schleunige Reise in Staatsangelegenheiten oder unfreiwillige Abwesenheit die Annahme ausschliesst, dass der Schuldner *moram facere*. Vergl. Madai S. 177 f. Wolff S. 303 f. legt besonders Gewicht darauf, dass der Gläubiger den Schuldner habe mahnen wollen, und dass dies bewiesen werden müsse; abgesehen davon, dass es ziemlich unmöglich sein wird, den Willen als innerliches Moment zu beweisen, genügt offenbar die Erklärung gegen den Richter, dass man mahnen wolle, um das Dekret bei sonst angemessener Sachlage zu erlangen.

67 Manche haben für alle Fälle der *mora ex re* behauptet, dass sie nicht *ipso jure*, sondern erst durch das richterliche Dekret beginne, welches eine *mora* mit ihren Wirkungen für begründet erkennt (daher *mora decretalis* gen.), s. die bei Madai S. 222. Gen., dagegen jedoch diesen, dem Schilling a. a. O. S. 242. beitritt, wonach nur im obigen Fall allein dieselben allerdings erst mit dem Dekret eintreten können. (Vergl. Bd. III. §. 133. Anm. [76].)

wegen Unbekanntschaft mit der Person des Inhabers Mahnung unmöglich sein; und es wird auch angenommen, dass er in jedem Augenblick bis dahin einen neuen Verzug durch die Vorenthaltung der Sache begehe[68].

3) Zu Gunsten minderjähriger Gläubiger von Kapitalien in Gelde besteht von Zeit der Fälligkeit derselben an bis zur Volljährigkeit jener eine Verpflichtung zu deren Verzinsung, mögen sie aus Verträgen oder aus Testamenten herrühren[69].

4) Dasselbe Vorrecht geniesst der Fiskus, aber ohne Beschränkung auf gewisse Arten der Forderungen und einen Endpunkt[70].

[68] Fr. 8. §. 1. fr. 20. *de Cond. furt.* pr. *I. Vi bonor.* fr. 2. §. 10. ej. tit. fr. 1. §. 34. 35. fr. 19. *de Vi*, c. 7. *de Cond. ob turp.* fr. 20. §. 6. fr. 25. §. 2. 3. *de H. P.* Nicht hiermit zu verwechseln oder gleichzustellen, wenn auch in den Wirkungen möglicher Weise übereintreffend, ist die *m. f. poss.*, soweit sie einen formell rechtlichen Grund für sich hat, also nicht in *contrectatio* oder *vis* übergeht, indem dann darin nicht von selbst die Verpflichtung zur Rückgabe liegt. Vgl. Madai S. 179 ff. 184 ff. Vgl. Anm. [41]. A. M. ist hier Wolff S. 306 f. in sofern, als er die *mora* nur mit der Statthaftigkeit der *a. vi bonor.* und *furti* gleichen Schritt halten lässt, weil das Dekr. *D. Marci* (fr. 7. *ad Leg. Jul. de vi* u. c. 7. *Unde vi*) eine Modifikation der Gesetze über gewaltsame Handlungen enthalte; selbst dies zugegeben, finde ich nicht, dass dies hier zu einer Einschränkung berechtigen würde. S. auch Rosshirt in seiner Zeitschrift Bd. III. S. 23.

[69] C. 3. *In quib. causs. i. i. r.* fr. 87. §. 1. *de Leg.* II. fr. 26. §. 1. in f. *de fideicomm. hered.* c. 5. *de A. E.*, wenn in der zweiten und letzten Stelle *mora* in Abrede gestellt zu sein scheint, so ist das von der anomalen Natur dieser *mora* zu verstehen, welche auch nur bis zur Volljährigkeit dauert, und somit in der That mehr ein *minoris aetatis favor* ist. Vgl. Madai S. 150 ff. u. Benfey a. a. O. S. 187 ff. Die Beschränkung auf Geldforderungen erhellt aus richtiger Interpretation der Stellen, s. auch diess. über den Anfangspunkt, vergl. fr. 3. §. 2. *de Adim. leg.* und Madai S. 155. 222. und über den Endpunkt S. 223. — Vgl. folg. Anm. a. E.

[70] Fr. 17. §. 5. *h. t.* fr. 10. §. 1. *de Publican.* vergl. die bei Madai S. 160. Gen., ferner Schilling a. a. O. S. 235. Puchta §. 269. w). M. sucht S. 161 ff. diese Ansicht zu widerlegen, er interpretirt aber die beiden Stellen unrichtig, s. Schilling; dass fr. 16. §. 1. *h. t.* Zinsen in dem besonderen Fall abspricht, wenn der Fiskus selbst mit Uebergabe des Kaufgegenstands in Rückstand sei, ist, als der *aequitas* vollkommen entsprechend, ganz natürlich. Vergl. auch Wolff S. 166 ff. (nur dass dieser hier seine objektive *mora* annimmt, was für den hier besprochenen Erfolg allerdings nicht einerlei ist, s. nachher). Wenn der Fiskus seine Forderung einem Anderen abtritt, endet das Zinsrecht, fr. 43. *h. t.*, s. dens. S. 170., umgekehrt beginnt sein Zinsrecht von da an, wo ihm die Forderung zusteht, s. fr. 6. pr. *de J. F.* Ueber die irrige Ausdehnung dieses Vorrechts des Fiskus auf Forderungen der Städte s. Madai S. 166. — Noch ein hierher gehöriger Fall ist der §. 87. Anm. [7] besprochene, den ich aber für antiquirt halte. — Es entsteht nun noch die Frage, worin die praktische Verschiedenheit zwischen den obigen Fällen Nr. 3) und 4) und denen unter I. Nr. 6), endlich denen §. 87. Nr. II. a. E. unter 3) und 4) beruhe, und mit welchem Recht diese dort und jene hierher zu stellen sind? Sie beantwortet sich dahin: die zuletzt gedachten unter Nr. 4) umfassen aus dem dort aufgestellten Gesichtspunkt allerdings die aus Nr. I. 6) mit, mit deren Ausschluss aber setzen sie nicht nothwendig voraus, dass die Forderung schon fällig sei; im Gegentheil braucht von deren Zahlung vorläufig noch keine Rede zu sein, die Verpflichtung zu den Zinsen entsteht also nicht wegen deren Ausbleibens. Dagegen ist dies für die zweitgedachte Art der Fall, oder die Verpflichtung zu diesen Zinsen hebt wenigstens erst mit der Fälligkeit an. Für die zuerst gedachte Art hingegen ist noch der Umstand erforderlich, welcher hier die *mora* ersetzt und deren Wirkungen eintreten lässt, also die Persönlichkeit des Gläubigers; dies wird allerdings meistens mit der Fälligkeit zugleich eintreten, nämlich, wenn die fragliche Forderung dann schon den im Text genannten Gläubigern zusteht, immer; wenn hingegen anderen, und sie von diesen erst auf jene übergeht, so zeigt sich nun die Wirksamkeit jenes Umstands (resp. für Minderjährige nur bis zur Volljährigkeit,) als eine besondere. Diese Eigenthümlichkeit jeder Klasse in Verbindung damit, dass der Begriff *mora* nur bei der zuletzt gedachten vorkommt, bei beiden ersteren aber zur Begrün-

Dagegen ersetzt die Bestimmung eines Termins der Leistung die Mahnung nicht, und die oft gehörte und verbreitete Regel: *dies interpellat pro homine*, ist falsch[71]. In sofern jedoch vertragsmässige Wirkungen an das Ausbleiben der

dung der Zinsverbindlichkeit nicht, nöthigt zu der Trennung derselben unter verschiedene Gesichtspunkte. Dabei ist jedoch über den Fall unter I. 1. 6) a. zu bemerken, dass er nach der restit. c. 46. §. 4. *de Episc. et cler.* zur *mora ex re* gezählt werden müsste, da diese aber für das praktische Recht bedeutungslos ist, es auch für diesen Fall im Erfolg ganz einerlei sein würde, ob man ihn hierher oder dorthin stellt, so habe ich, da die Nov. 131. c. 12., worauf wir ihn zu gründen haben, nicht nöthigt, eine *mora ex re* für ihn anzunehmen, denselben unter Nr. I. aufzählen zu müssen geglaubt. A. M. ist Mühlenbruch Komm. Bd. 42. S. 142. — Das Verkennen dieser Verschiedenheiten hat oft noch mehrere Arten der *mora ex re* annehmen lassen, vergl. darüber Madai S. 191 ff. und gegen Wolff's Ansichten, welcher namentlich die obgedachten Zinsverpflichtungen für Folgen der Fälligkeit der Forderung hält, s. Benfey a. a. O. S. 187 ff. Mommsen a. a. O. §. 9 ff. schliesst auch die hier unter Nr. 3, und 4, aufgenommenen Fälle als solche aus.

71 Ueber die seit früher Zeit (vor den Gloss.) bestrittene Frage von dieser Regel sind neuerlich die umfassendsten Untersuchungen angestellt worden, s. bes. Schröter in der Ztschrft. Bd. IV. Nr. 5., der sie verneint, Thibaut im Archiv Bd. XVI. Nr. 7., der sie vertheidigt, dagegen wieder der erstere Bd. VII. Nr. 3., ferner Madai (welcher die Geschichte dieser Kontroverse ausführlich liefert, §. 16. — 24.), der sie wieder vertheidigt, Wolff S. 317 ff., welcher sie von Neuem verneint. Ferner verneinen die Regel: Savigny (s. dens.) u. Puchta §. 269. und G. R. Bd. II. S. 76 ff., es bejahen sie aber Mühlenbruch §. 371. [8], Schilling a. a. O. S. 234. und Vangerow a. a. O. S. 192 ff. bei diesem VI. S. 206 ff., die neuere Lit. Jede Parthei findet die Gründe der anderen mangelhaft und nicht überzeugend, und Benfey a. a. O. S. 360 ff., Heumann a. a. O. S. 371 f. und Liebe S. 16 ff. weisen das namentlich von denen des neuesten Monographen, W.'s, nach — obwohl beide ebenfalls Gegner der Regel sind, — welcher gerade diese Argumente darum aufgestellt hatte, weil er die seiner Vorgänger für ungenügend hielt. Eine eigenthümliche Mittelmeinung hat Fritz, bei dem sich S. 331 ff. ein gutes Resumé des ganzen Streits findet; er nimmt an, dass sich die Regel nicht in ihrem ganzen Umfang vertheidigen lasse, wohl aber in sofern, als fr. 23. §. 1. *h. t.* dem Richter die Befugniss einräume, *mora* ausnahmsweise *ex re* zu dekretiren, worin der Mangel eines zu Mahnenden nur als Beispiel genannt sei. Dies aber wäre eben erst zu beweisen. Die von Seuffert, Blätter für Rechtsanwendung, Jahrg. 1836. S. 5 f., angeff. Beispiele, worauf sich Fritz bezieht, sind dazu nicht geeignet, und den von dieser Seite erhobenen Bedenken zu Gunsten der Regel wird wohl dadurch, was Nr. I. unter 3) von der blossen Fälligkeit der Forderung gesagt worden, genügt sein, denn es scheint vorzüglich auf Erhaltung dieser Wirkungen abgesehen zu sein. Mommsen a. a. O. §. 80 ff. kommt zu dem Resultat, für das heutige Recht sei die interpellirende Kraft des *dies* durch Gewohnheitsrecht festgestellt, — was sich durchaus nicht sagen lässt, s. Windscheid in d. Hdlbrgr. krit. Ztschr. Bd. 3. S. 257. — Auf eine Vereinigung der Ansichten ist nicht zu hoffen, und daher hier eine recht dringende Aufforderung an den Gesetzgeber enthalten, den Streit zu schlichten. Uebrigens ist man, ungeachtet des weitschichtigen Streitmaterials, eben weil vielen Gründen ebenso viel von gleichem Werth gegenüberstehen, im Stande, seine Ansicht sehr kurz auszusprechen und zu motiviren. Ich muss mich aber für die Verneinung der Regel darum erklären, weil *mora* so regelmässig Mahnung erfordert und ohne solche nur in so wenigen Ausnahmefällen eintritt, dass Marcian, in fr. 32. pr. *h. t.* vom Eintritt der *mora* handelnd, und von dem Gegensatz der *m. ex pers.* und *ex re* ausgehend, die letztere Möglichkeit als einen zu beachtenden Gesichtspunkt von einiger allgemeinerer Bedeutung ganz verneint. Dies wäre neben der Regel *dies interp. pro hom.* nicht möglich gewesen, weil die Bestimmung eines *dies solut.* für die Gesammtmasse der obligatorischen Verhältnisse unter den Menschen mindestens ebenso häufig vorkommt, wo nicht häufiger, als das Gegentheil. Da nun ferner diese Bestimmung eine eventuelle Interpellation vertreten müsste, um ihr die Folge der *mora* beizulegen, eine solche, d. i. eine vorzeitige, aber nicht zulässig ist (s. 2. a. 1)), so wird man mit guter juristischer Ueberzeugung die Existenz der vermeintlichen Regel

Leistung zur bestimmten Zeit geknüpft worden sind, treten diese allerdings ein, nur ist das kein Verzug (s. Nr. I. 1. 8)), wären solche ausdrücklich an diesen gebunden, so ist sein Eintritt wieder nur in Folge der Mahnung möglich.

leugnen dürfen, bis von ihren Vertheidigern nicht nur diese Gründe beseitigt, womit nur die Möglichkeit der Regel dargethan wäre, sondern die Existenz derselben positiv erwiesen worden sein wird, in welcher Hinsicht namentlich darüber Irrungen vorliegen, dass man solche Stellen für beweisend ansah, welche nur Fälligkeit der Leistung, nicht *mora* mit dem *dies* eintreten lassen. Dabei habe ich noch Folgendes zu bemerken wider die jüngst von Vangerow a. a. O. gegebene Vertheidigung der Regel, soweit er dieselbe aus dem Grundgedanken der *mora* gerechtfertigt glaubt: „er hält eine Interpellation, mit welcher die *mora* unbedingt beginnt, sowohl auf die Weise für möglich, dass der Gläubiger sofort Zahlung verlange, als so, dass er dazu noch eine bestimmte Frist setzt; dass diese letztere ebenfalls eine wahre *mora* erzeuge, lasse sich um so weniger bezweifeln, als der Schuldner in diesem Fall durch eine Nichtbeachtung eine noch grössere *culpa*, als im ersten, sich zu Schulden bringe; hier eine nochmalige Interpellation nach Ablauf der Frist zu fordern, würde eine arge Inkonsequenz sein. Sei nun eine solche Frist von Anfang herein festgesetzt, so könne die *mora* mit deren Ablauf um soweniger zweifelhaft sein, als bei einer einseitigen Frist, weil hier eine Vertragsverletzung hinzukomme.“ Ist auch die Voraussetzung richtig, s. Anm. 51a, so kann ich doch die Richtigkeit des Schlusses nicht zugeben. Denn der Fall, wenn gar keine Interpellation geschehen, sondern eine Schuld *in diem* konstituirt worden ist, leidet mit dem einer Mahnung mit Fristgestattung keine Zusammenstellung, sondern es fragt sich ja eben erst, ob der *dies* hier interpellire. — Seuffert in s. Archiv Bd. VI. Nr. 163. hat nach einem Erk. des O.-A.-G. zu Wiesbaden die Streitfrage als durch die Resolutionen auf die *dubia cameralia* von 1595. Lit. E. §. 9. und F. §. 2. (nach der Ausg. des Koncepts der C. G. Ordnungen mit Anhang, Wetzlar 1717. S. 83. und 87.) für das gemeine Recht als entschieden nachzuweisen gesucht. Es heisst da: Dieweil des Chur- und Fürstenraths Bedenken in *puncto mutui et Interesse* (Verzugszinsen zu 5%) mit der kaiserlichen Kommissarien Erklärung sich auch vergleicht, ist es dabei zu lassen; Allein dass zu gewisser Erläuterung rathsam geachtet, diese Erklärung *addendo* zu thun, „dann auch, dass die *mora ab interpellatione hominis vel diei* anzurechnen.“ „Obwohl nun diese *addendo* gethane Erklärung in den hier einschlagenden §. 139. des R. D. Absch. von 1600. (der jene *dubia cameralia* von 1595. betrifft) nicht aufgenommen worden, so erklärt es sich doch, meint Seuffert, aus der Autorität, welche reichsgesetzlich den „beschlieslichen Erörterungen“ der C. G. Visitatoren beigemessen worden, (R. A. v. 1594. §. 98.) dass von da an die Kontroverse als abgethan betrachtet, bis sie in neuerer Zeit von Schriftstellern, die von obiger Resolution keine Kenntniss nehmen, wieder angeregt wurde.“ Diese Entdeckung müsste man sehr willkommen heissen, wenn ihr nicht doch recht erhebliche Bedenken entgegenständen. Vor Allem muss ich nämlich bemerken, dass ich zwar den gedachten Wetzlar'schen Abdruck (ein blosses Buchhändler-Unternehmen) der *dubia cam.* von 1595. zu vergleichen nicht Gelegenheit gehabt habe; dagegen finde ich in dem grossen Werk, *Corpus juris cameralis* u. s. w. Frankfurt a. M. 1724. (in dessen Vorrede des ersteren Abdrucks zwar mit Anerkennung, jedoch als unvollständig gedacht wird) unter den 122 *dubiis* von 1595., trotz mehrmaliger Durchsicht aller, vom obgedachten §. 2. keine Spur. Gesetzt aber auch, das letztere Werk sei in diesem Punkt unvollständig, so kann nach §. 98. cit. die „beschliesliche Erörterung“ (*verba:* „damit bei künftiger Deputationsberathschlagung,“ und „um demselben endlich auch seine Ordnung und Maas gegeben, und in die Deputationsverabschiedung als ein gemeiner des Reichs Beschluss gebracht werden möge“,) unmöglich als einem Reichsgesetz gleich angesehen werden, vielmehr hing dies erst von der Aufnahme in die Deputationsverabschiedung ab, die der R. A. von 1598. §. 58. als Zweck und Ziel nochmals vorschreibt. Ist nun der angebliche Beschluss über das fragliche *dubium*, wie schon erwähnt, in den R. D. Absch. von 1600. §. 139., wo es hätte der Ordnung nach geschehen müssen, ungeachtet mehrmaliger Erwähnung des *tempus morae*, nicht aufgenommen worden, und kommt für die Nichtaufnahme der Inhalt des §. 1 ff. desselben in sehr wesentlichen Betracht, so muss die Aufnahme des mehrgedachten Beschlusses, seine

3. Der Verzug mit seinen Voraussetzungen und Wirkungen ist zwar ein für Leistungen aller Art gemeinschaftliches, rechtlich bedeutsames Ereigniss, dabei kommen aber folgende Umstände noch in näheren Betracht:

1) Bei den Obligationen, welche nicht mittelst Klage geltend gemacht werden können, also den naturalen, kann von Verzug keine Rede sein, weil er ohne die Möglichkeit, die Forderung klagend zu verfolgen, nicht denkbar ist. Kommt es später zu der mittelst Exception erwirkten Leistung, z. B. zur Abrechnung einer naturalen Geldschuld, so ist also dabei von Verzugszinsen keine Rede.

2) Für diejenigen Obligationen, welche ein Unterlassen zum Gegenstand haben, ist der Begriff des Verzugs bedeutungslos, indem mit dem Zuwiderhandeln die Rechtsverletzung, sei es in weiterem oder engerem Umfang, vollständig eintritt und der Inhalt solcher Leistungen ohnehin die wesentlichsten eigenthümlichen Wirkungen des Verzugs ausschliesst. Für die auf ein Thun gerichteten Obligationen gilt diese letztere Bemerkung zwar zum grossen Theil auch, indem dabei Früchte, Zinsen und dergleichen nicht vorkommen, soweit aber übrigens vermöge deren Inhalts die Wirkungen des Verzugs möglich sind, ergreifen sie ebensowohl Platz, wie seine Voraussetzungen, und daher ist denn auch Mahnung erforderlich [72].

Existenz überhaupt vorausgesetzt, bedenklich erschienen sein. Hiernach erhielte aber die entgegengesetzte verneinende Ansicht von der Kontroverse offenbar eine bedeutende Unterstützung, indem ungeachtet die letztere in Anregung gekommen und sich eine sehr starke Autorität für die Annahme der bejahenden Ansicht entschieden hatte, diese dennoch in letzter legislatorischer Instanz nicht durchgedrungen sein muss. Hierzu kommt nun noch, dass der gleichzeitige Kameralschriftsteller *J. Mynsinger a Frundeck*, *Obs. cam.* (Helmst. 1599.) Cent. III. obs. 95. bei Erörterung der Kontroverse eines *dubii cam.* nirgends erwähnt, — ferner, dass der Kameralschriftsteller *J. U. de Cramer*, *Obs.* Vol. I. p. 715. ein R. C. G. Urtel v. 1757. abdrucken lässt, in welchem (obschon der konkrete Fall daraus nicht in allen Details zu ersehen,) ein unterrichterliches Erkenntniss, welches in Folge der *mora* den Verklagten wegen Tragung des *periculi* und der Zinsen verurtheilte, in dem letzteren Punkt reformirte, und dabei so wenig eines *dubii cam.* gedenkt, wie Vol. III. p. 445., wo, und zwar unter Anziehung des R. D. A. von 1600. §. 139., die Frage von den Verzugszinsen sogar mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der *act. stricti juris* und *b. f.* beleuchtet wird. Hiernach kann ich durch das von Seuffert Vorgebrachte, obschon es Arndts Pand. §. 251. Anm. [6] als baare Münze annimmt, mich noch nicht bewogen finden, meine bisherige Ansicht mit der entgegengesetzten zu vertauschen.

[72] Es ist bestritten, ob bei der auf ein eigentliches Thun oder Unterlassen gerichteten Obl. eine Mahnung erforderlich, und nicht vielmehr nach Ablauf einer billigen Frist dazu hier eine *mora ex re* anzunehmen sei, s. die bei Madai S. 209 ff. Gen. und dessen Widerlegung für *faciendi obl.*; ja es ist sogar behauptet worden, bei ersterem sei *mora* darum nicht möglich, weil die Klage nicht auf die Handlung selbst, sondern auf das Interesse gehe, s. die bei dems. S. 67 f. Gen. Wolff S. 288. hält eine Mahnung bei beiden Arten für unwirksam, indem schon die blosse Nichterfüllung die Wirkung erzeuge, dass das sog. Surrogatinteresse (vgl. Anm. [7]) gefordert werden könne. Werde interpellirt, so sei das wirkungslos, weil auf die Handlung nicht geklagt werden könne; nur auf das Surr.-Int. könne gemahnt werden, und das sei ohne Wirkung, weil die *praestatio periculi* nicht in Betracht komme, und das R. R. eine Leistung des accessorischen neben dem Surr.-Int. nicht kenne. Jetzt aber, wo auf Vornahme der Handlung geklagt werden könne, sei es anders. Diese auch übrigens unrichtige Argumentation fällt schon mit dem selbstgeschaffenen Begriff des Surr.-Int.; dass bei *obl. non fac.* von keinem *periculum* die Rede sei, versteht sich freilich von selbst, warum aber nicht bei *obl. fac.*, nämlich dadurch, und dann, wenn die Leistung unmöglich geworden? (Vgl. fr. 5. §. 4. *de R. C.*) (Dieser Umstand spricht auch gegen Benfey S. 359., welcher hier mit Wolff übereinzustimmen scheint.) Es muss also auch nothwendig die Mahnung ihre Wirksamkeit äussern, nur freilich kann die *mora* nicht immer sofort mit ihr beginnen, sondern erst dann, wenn seitdem soviel Zeit verstrichen ist, als zur Leistung erfor-

3) Wenn der Schuldner die Forderung mit gutem Gewissen leugnen kann, oder ihm Exceptionen, auch nur verzögerliche, zur Seite stehen, sich gegen die Klage zu vertheidigen, und er damit obsiegt, so äussert der Verzug natürlich keine Folgen, vielmehr ist für diese vorausgesetzt, dass jene wirklich gegründet und mit vollem Erfolg durchzusetzen sei[73].

4) Die Summe der Forderung muss feststehen, wenn Verzug rücksichtlich ihrer eintreten soll; der Schuldner hat keine Verpflichtung, dieselbe zu ermitteln, dies ist vielmehr Sache des Gläubigers. Die Nothwendigkeit, dass nur für quantitativ bestimmte Leistungen Verzug eintreten kann, folgt mithin daraus, dass der Gläubiger nur zur Zahlung solcher auffordern, also mahnen kann; daher trifft sie auch für die Fälle zu, in welchen ohne Mahnung Verzug eintreten kann[74].

5) Es versteht sich von selbst, dass der Inhalt der verschiedenen Obligationen und die Umstände darüber entscheiden, ob nur die erste oder auch die zweite Klasse der gesetzlichen Wirkungen des Verzugs Platz ergreifen können; für einige der Fälle, in welchen Verzug ohne Mahnung eintritt, wurde die Beschränkung auf Zinsen schon ausdrücklich erwähnt.

4. Es giebt eine Anzahl von Gründen, aus welchen die Wirkungen des Verzugs, auch wenn seine Voraussetzungen zutreffen, ausgeschlossen werden. Vor Allem hat schon wegen der thatsächlich gar mannigfaltigen Gestaltungen der Genügung mancher Erfordernisse einer rechtsgültigen Mahnung, wie bei diesen bereits bemerkt wurde (s. 2. a. 1) 2)), und der Rechtzeitigkeit der Leistung[74a], zur Beurtheilung der Umstände dem richterlichen Ermessen Raum gegeben werden müssen, wonach also zwar noch, wenn sich dasselbe verneinend ausspricht, es an einer Voraussetzung mangeln würde. Indessen reicht das noch weiter, es ist nämlich dem Richter anheimgegeben, einen geringen Verzug, welcher keinen wirklichen Nachtheil herbeigeführt hat, in seinen übrigen Wirkungen ganz ausser Acht zu lassen, sowie dem Schuldner, welcher vor Einleitung des Prozesses zur Leistung bereit ist, darauf Rücksicht nehmend, dazu eine mässige Frist zu setzen, vorausgesetzt, dass dadurch kein namhafter Nachtheil entsteht[75]. Endlich aber wird die Wirksamkeit

derlich gewesen wäre (vgl. §. 91.) Bei *obl. non fac.* hingegen (deren Madai nicht gedenkt) ist allerdings Verzug nicht möglich und also auch keine Mahnung, sondern hier liegt im Zuwiderhandeln schon die volle Rechtsverletzung und die vollständige Grundlage ihrer Folgen in Ansehung des Interesses.

[73] Fr. 54. *de Pactis*, fr. 40. *de R. C.* fr. 21. *h. t.;* betrifft die *exceptio* nur einen Theil der Forderung, so gilt von diesem, was sonst vom Ganzen gilt, fr. 78. pr. *de Leg.* II. Madai S. 70 ff. und Wolff S. 292 f. rechnen diese Fälle zu den Exkusationsgründen (s. Nr. 4.), was deshalb unrichtig ist, weil in ihnen *mora* gar nicht als eingetreten betrachtet wird. Auch Ausübung des Retent.-R. (mit Erfolg) gehört hierher; s. Groskopf vom Ret.-R. §. 82 f.

[74] S. auch Wolff S. 291.

[74a] Fr. 137. §. 2. 3. *de V. O.* fr. 32. pr. *h. t.*

[75] Fr. 135. §. 2. *de V. O.* fr. 8. *Si quis caut.* fr. 21. *de Judic.* fr. 24. §. 4. *Locati.* (*Quodsi paucis etc.*) Mit Ausnahme der dritten setzen diese Stellen ausdrücklich voraus, dass gar kein Nachtheil durch die geringe Verzögerung entstanden sei; die dritte sagt nur im Allgemeinen: *neque enim magn. damn. est in mora modici temporis*, was sich auch nur von einer Voraussetzung verstehen lässt. Schilling a. a. O. S. 230. zieht hieraus den allgemeinen Satz, es sei dem Richter die Befugniss dadurch zugesprochen, wenn kein namhafter Nachtheil aus dem Verzug entstanden sei, darüber hinwegzusehen. Ich leugne zwar dieses Recht dem Richter nach dem Brocardicon: *minima non curat praetor* im Ganzen nicht, allein das gehört dann nicht hierher, sondern zu der Befugniss des Richters bei Beurtheilung der Grösse des geklagten Interesses. Die citt. Stellen aber sagen davon nichts, sondern: die erste und vierte schliessen im Fall eines geringen Verzugs, mit der Bemerkung, dass *nihil intersit*, *omniaque in integro sunt*, die Wirkung desselben, welche hier hätte Platz ergreifen können, dass auf Verlangen des Gläubigers das ganze Geschäft dadurch rückgängig

des eingetretenen Verzugs aus folgenden Gründen völlig aufgehoben und ausgeschlossen [76]:

1) wenn der Schuldner sich zwar mit der Leistung in Verzug befindet, jedoch, auf triftige Gründe gestützt, in gutem Glauben es über die Forderung auf den Prozess ankommen lässt, oder diese nicht kennt, z. B. als Erbe eines Anderen, und auch keine Gründe vorliegen, aus welchen er sie wohl hätte kennen sollen [77], oder wenn er die Person des Gläubigers oder des aufgetretenen Mahnenden als dazu berechtigt nicht kannte [78], so treffen ihn bis dahin, d. h. in den ersten Fällen bis zum Ausbruch des Prozesses [79] und im letzten bis dahin, wo er davon überzeugt wird, die Folgen des Verzugs nicht [80].

2) Dasselbe gilt, wenn und so lange zur Annahme der Leistung auf Seiten des Gläubigers gar keine oder keine geeignete Person anwesend oder vorhanden ist [81].

3) Ferner, wenn eine vorübergehende zeitige Unmöglichkeit der Leistung eingetreten ist [82].

4) Endlich, wenn der Schuldner die Leistung im Augenblick nur darum und so lange verweigert, weil er eine Sicherheit rücksichtlich der Befreiung davon durch Bekenntniss oder Quittung darüber, z. B. unter Zuziehung von Zeugen oder Aufnahme einer gerichtlichen Verhandlung, Herausgabe des Schuldscheins u. s. w., verlangt [83].

5. Die Wirkungen des Verzugs des Schuldners können auch auf dritte Personen, welche zu dem Schuldverhältniss in Beziehung stehen, Einfluss äussern:

1) es haftet nämlich zuerst der Bürge in Folge desselben vollständig für alle Wirkungen, wie der Schuldner, ohne dass er selbst gemahnt zu werden braucht [84];

zu machen sei, aus; (die dritte lässt unter der Bedingung, *si nec jus act. ex mora deterius factum sit*, eine *exc.* fortbestehen, die ist röm. prozess. Natur,) die zweite spricht das *mod. tempus* zur Zahlung für den, welcher dazu bereit ist, mit dem vorhergedachten als Voraussetzung zu betrachtenden Beisatz aus. Ich gewinne hieraus das im Text enthaltene Resultat, wobei ich die Nichtberücksichtigung eines *non magnum damnum* über den zuletzt gedachten Fall hinaus, wo sogar eine *mora* noch gar nicht eigentlich entstanden ist, sondern erst durch die *lit. cont.* bevorzustehen scheint, so dass *mora* auch nur Aufschub bedeuten kann, auszudehnen nicht befugt zu sein glaube. — Unter den ausgeschlossenen Wirkungen versteht sich nach der Voraussetzung im Text von selbst, dass das *periculum* nicht sein kann.

76 Diejenigen, welche die *culpa* als Erforderniss der *mora* betrachten, gehen von dem Princip aus, dass überall, wo keine *culpa* eintrete, eine *excusatio a mora* begründet sei, wonach denn die Zahl der einzelnen ungeschlossen sein würde. Dasselbe fällt mit jenem Erforderniss, s. Anm. 50 (vgl. Benfey S. 352.), und man muss also die Gründe, welche jene darum Exkusationsgründe nennen, einzeln aufzählen. Die Versuche, auch diese unter sich systematisch zu ordnen, s. bei Madai S. 70. und Wolff S. 290 f. es kommt nichts darauf an.

77 Fr. 63. *de R. J.* fr. 21. 22. 24. pr. 47. *h. t.* fr. 5. *de R. C.* dazu fr. 42. *de R. J.* fr. 3. pr. *h. t.*

78 Fr. 13. pr. *Depositi.*

79 Der gerichtlichen Mahnung nämlich kann ihre Wirkung darum nicht geschmälert werden, weil damit der Gläubiger sein Recht selbst verfolgt, und dieses nun ohne weitere Rücksicht in seinem ganzen Umfang muss geltend machen können, und auch sonst die *bona fides* in ihren Wirkungen hiermit endet.

80 Fr. 13. *d.* — Vergl. überh. Madai S. 72 ff.

81 Fr. 17. §. 3. fr. 9. §. 1. *h. t.*

82 Fr. 137. §. 4. *de V. O.* es ist also ein natürliches Hinderniss gemeint; eingetretene relative Unmöglichkeit für den Schuldner, also eigentlich nur eine Schwierigkeit, hat diese Wirkung nicht; vgl. Schilling S. 230. Vergl. Arndts Pand. §. 251. Anm. 7.

83 Fr. 21. 22. *h. t.* s. z. B. dagegen fr. 89. §. 1. *ad Leg. Falcid.*

84 Es ist Streit über die Verpflichtung des Bürgen aus der *mora* des Hauptschuldners (wegen der Aelteren s. Madai S. 420 ff.). Fr. 24. §. 1. *h. t.* fr. 88. *de V. O.* u. fr. 58. §. 1. *de*

er kann aber freilich auch, um diese abzuwenden, zur Leistung schreiten. Hat sich der Bürge nur für eine bestimmte Zeit verpflichtet, und ist binnen derselben der Schuldner in Verzug gerathen, so haftet er nicht für den ganzen Schaden, zu welchem dadurch der Grund gelegt worden, sondern nur in dem Kreis, bis zu welchem sich innerhalb des Zeitraums die nachtheiligen Wirkungen für den Schuldner selbst ausgedehnt haben[85]. Dagegen wirkt der Verzug des Bürgen selbst niemals auf den Hauptschuldner zurück[86]. Ueberhaupt aber verhält es sich mit dessen Eintritt so: um denselben zu begründen, gelten im Allgemeinen dieselben Voraussetzungen, wie wider den Hauptschuldner[87]. Der Natur der Bürgschaft nach kann der Bürge daher erst dann gemahnt werden, wenn er verklagt werden kann, mithin in der Regel erst nach einem schon vorangegangenen Verzug des Schuldners; ausnahmsweise, d. h. wenn die Rechtswohlthaten der Bürgen ihn nicht schützen, und der Gläubiger vorzieht, ihn zuerst anzugreifen, auch vorher[88].

Fidejuss. (fr. 44. *de Operis libert.*) sprechen sie im Allgemeinen und ohne allen Unterschied aus. Darüber, dass der Bürge die Gefahr als Folge der *mora* zu tragen habe, ist man auch einig, s. Madai S. 413. u. Wolff S. 473. Nun behauptet aber ersterer, der Bürge hafte weder für versprochene noch für Verzugs-Zinsen, wenn er nur schlechthin und blos im Allgemeinen intercedirt, und nicht ausdrücklich auch für jene, oder *in omnem caussam*, oder völlige Schadloshaltung versprochen habe. Für die vertragsmässigen Wirkungen der *mora* hafte der Bürge nur, wenn er sie ausdrücklich übernommen habe. Wolff dagegen, zuvörderst auf seine objektive *mora* zurückkommend, (S. 205 ff.) und mit dem letzteren Punkt einverstanden, da hier verschiedene Obl. vorlägen, nimmt ebenfalls eine Verflichtung zu Zinsen, sei es der objektiven oder subjektiven *mora*, nur dann an, wenn sie ausdrücklich übernommen worden sei. Dagegen sind die Pandektisten, s. z. B. Mühlenbruch §. 486. e), Wening §. 353. Thibaut §. 611. der Meinung, dass umgekehrt, wenn die Verbürgung in der Fassung (z. B. „für das Kapital“) keine Einschränkung erlitten habe, der Bürge für den gesammten Umfang und Betrag der Schuld, also auch für die gesetzlichen Zinsen hafte. Die letztere Ansicht ist die richtige, während die andere vorzüglich auf einer irrigen Auslegung des fr. 54. pr. *Locati* beruht. Für die erstere sprechen nicht nur die allgemeinen Regeln über die Interpretation der Rechtsgeschäfte, wonach Einschränkungen u. Modifikationen im Zweifel nicht angenommen werden können, sondern auch: zuerst, die obgedachten ganz allgemeinen Regeln, — sodann, dass nach den Schlussworten jener Stelle für die Verbürgung: *indemnem me praestabis*, also eine ebenfalls ganz allgemeine, die Verpflichtung zu den Verzugszinsen anerkannt wird, — ferner die direkten Aussprüche in fr. 2. §. 12. *de Admin. rer. ad civit. pert.* fr. 3. *de Fidejuss. et nom.* fr. 10. *Rem pupilli* etc. über denselben Umstand, und die in fr. 91. §. 4. in f. *de V. O.* fr. 8. *de Eo quod certo*, coll. fr. 1. §. 13. *Ut legat. serv. caussa*, welche die Haftungspflicht der Bürgen im Zweifel als *in totam caussam* geschehen anerkennen. Vgl. Schilling a. a. O. S. 271 f. Hiernach beantwortet sich denn auch die Frage wegen der vertragsmässigen Folgen, d. h. es ist Sache der Auslegung, also *quaestio facti*, ob der Bürge dafür mithafte, und im Zweifel ist sie zu verneinen; dessen bedarf es aber im Text darum keiner Erwähnung, weil dieser Gegenstand zu den allgemeinen Grundsätzen von der Verbürgung gehört.

85 C. 7. *de Locato*, u. s. Madai S. 432 f., wenn daher zwar der Schuldner schon binnen der Frist *in moram* gerathen, der Untergang der schuldigen Sache aber erst nach deren Ablauf eingetreten ist, so haftet der Bürge nicht dafür, wohl aber z. B. für deren Früchte bis zum Ablauf der Frist.

86 Vergl. Madai S. 437.

87 Dies versteht sich von selbst, s. dens. S. 435.

88 S. dens. S. 438. wenn der Bürge also allein und vor dem Hauptschuldner *in moram* versetzt wird, so treten natürlich auch die Folgen gegen ihn allein ein. Betrifft die Obl. eine von letzterem in Person vorzunehmende Handlung, so kann der Bürge deshalb nicht gemahnt werden, fr. 44. *de Operis libert.* umgekehrt kann der Bürge allein gemahnt werden, wenn er für die Forderung Jemandes eingetreten ist, der selbst nicht mit Erfolg gemahnt werden, weil er nicht verklagt werden könnte, s. z. B. fr. 137. *de V. O.* — Wenn der Bürge den

2) In Ansehung der von einem Haussohn eingegangenen Obligationen, aus welchen der Vater haftet, wirkt der von ersterem begangene Verzug auf letzteren zurück, nur freilich, soweit der Vater blos wegen des Peculium haftet, auch nur im Ganzen bis zu dessen Betrag [89]; umgekehrt aber äussert der Verzug des Vaters keinen Einfluss auf den Sohn [90], und selbst auf ihn nur in sofern, dass er wegen der Gefahr für den Hauptgegenstand der Obligation verantwortlich wird, nicht aber für die wegen des Verzugs sonst entstehenden Nebenforderungen des Interesses u. s. w. [91].

3) Ein Unmündiger oder sonstiger Geschäftsunfähiger kann nur durch Mahnung an seinen Vormund oder Curator in Verzug gesetzt werden, er wird es aber dadurch immer, so dass die Wirkungen vollständig auf ihn zurückfliessen [92].

4) Dass der Erbe aus dem Verzug des Erblassers hafte, versteht sich von selbst, da er dessen Person in rechtlichen Beziehungen darstellt und fortsetzt [93].

B. Der Gläubiger geräth dadurch in Verzug, wenn er die ihm unter solchen Umständen angebotene Leistung, dass die Forderung befriedigt und gelöst werden würde, nicht annimmt. Dass sie klagbar sei, ist nicht nöthig, da auch eine naturale, wenn der Schuldner will, befriedigt werden kann [94]. Der Gläubiger ist zur Annahme der Leistung nicht wirklich verpflichtet [95], vielmehr kann sowohl durch stillschweigenden Erlass, als durch Vernachlässigung der Einforderung bis zum Ablauf der Klagenverjährung die Obligation erlöschen, ohne den Gläubiger der geringsten Verantwortlichkeit auszusetzen, da es seiner Willkühr überlassen ist, sein Recht auszuüben. Daher, und da ferner der Aufschub der Forderung regelmässig dem Schuldner zum Vortheil gereicht, und wo er diesem nicht genehm sein sollte, ihm das Recht Mittel darbietet, soweit es dazu überhaupt einer Annahme oder Thätig-

Gegenstand der Leistung während der *mora* vernichtet hat, so wird zwar der Hauptschuldner, der nicht *in mora* und für welchen dieses Ereigniss ein *casus* ist, frei, u. so müsste streng genommen auch die accessorische Obl. des Bürgen erlöschen, indessen wird dann gegen ihn die Klage als *utilis* erhalten, fr. 32. §. 5. *h. t.* fr. 38. §. 4. *de Solut.* s. auch noch fr. 88. 91. §. 4. *de V. O.* fr. 44. *de Operis lib.* Vergl. Schilling S. 273. u. Wolff S. 476. Hat er den Gegenstand vor der *mora* vernichtet, so greift nach fr. 19. *de Dolo* die *a. doli* Platz.

89 Fr. 49. pr. *de V. O.* fr. 32. §. 3. *h. t.* Dagegen s. fr. 91. §. 5. *de V. O.* vergl. Madai S. 441.

90 Fr. 49. pr. *d.* vergl. Wolff S. 477.

91 Fr. 32. §. 3. *h. t.* coll. §. 2, *eod.* und fr. 49. pr. *d.* Die Auslegung der ersten Stelle ist bestritten, indessen die, worauf das obige Resultat fusst, allerdings die entsprechendste, womit auch die Basil. XXIII. 3. 32., und die Schol. dazu übereinstimmen. Nur fragt es sich nun, woraus diese Begünstigung des Vaters zu erklären sei? Madai und Wolff finden sie in der Gleichstellung mit dem Bürgen, (vgl. fr. 91. §. 5. *de V. O.*, fr. 49. pr. *de V. O.*) s. Anm. [84], allein die trifft hier selbst in deren Sinn nicht zu, weil sie für den letzteren wenigstens die volle Verpflichtung anerkennen, wenn er *in omnem caussam* bürgt, während für das Verhältniss des *paterfam.* zum *fil. fam.* eine diese verneinende Beschränkung sich gar nicht als allgemein annehmen lässt. Wolff namentlich schliesst so: da die *mora* des Vaters auf den Sohn nicht zurückwirke, seine Verpflichtung aber nur eine accessorische sei, so könne sie nicht eine Zinspflicht begründen, die für den Sohn nicht bestehe. Dieser Erklärungsgrund aber mögte zu viel beweisen, nämlich, dass der Vater auch aus eigener *mora* nicht wegen des *periculum* hafte. Ich ziehe es daher vor, auf eine Erklärung aus einem inneren Grunde zu verzichten, und die Bestimmung als eine Ausnahme zu betrachten.

92 Fr. 127. *de V. O.* s. d. Anm. [58].

93 Fr. 27. *h. t.* fr. 35. pr. *de Leg.* III. fr. 91. §. 4. *de V. O.* Für andere Personen, von denen eine die andere vertritt, bedarf es hier keiner Erwähnung, s. o. 1. a. 3) a. E. — S. noch Anmerk. [108] a. E.

94 Darauf, dass der Klage eine Einrede entgegengesetzt werden könnte, kommt natürlich auch nichts an, da dies ganz im Interesse des Schuldners ist.

95 S. Anm. [50] unter II.

keit des Gläubigers bedarf, den Zweck der Zahlung entweder durch Deposition des schuldigen Gegenstands zu erreichen, oder sein Unthätigbleiben ihm in keiner Weise rechtlich nachtheilig ist, soweit es aber eines Hinzutritts des Gläubigers zur Vollziehung der Leistung nicht bedarf, dieser gar nichts entgegensteht, so kann im Allgemeinen von nachtheiligen Folgen des Verzugs des Gläubigers für den Schuldner, und also von einer Pflicht zum Ersatz derselben nicht die Rede sein, sondern nur unter besonderen Umständen, welche der beabredeten Art und Weise der Leistung oder ihrem Gegenstand angehören [96]. Dagegen sind allerdings Nachtheile mannigfaltiger Art für den Gläubiger durch Verweigerung der Annahme der Leistung möglich, und von diesen ist es ebenso natürlich, dass er sie als Folgen seiner Handlungsweise sich selbst zuzuschreiben hat. Es wird auch hier zur Einsicht in das Wesen dieses Verzugs zweckmässiger sein, die Wirkungen desselben voranzustellen.

1. Diese sind, wie so eben angedeutet wurde, zuvörderst von doppelter Art. Vor Allem nämlich trifft:

1) die Gefahr in sofern nun immer [97] den Gläubiger und nicht mehr den Schuldner, dass, wenn fortan ein Zufall die Leistung unmöglich macht, oder der Gegenstand verloren geht, der Schuldner von derselben völlig befreit wird [98], und nur für Arglist und grobe Schuld (*dolus* und *culpa lata*) haftet [99], dass mithin, wenn jenen nur eine Verschlechterung trifft, diese ebensowohl dem Gläubiger zum Nachtheil gereicht, und für ihn nur der Werth zu der Zeit des Verzugs in Betracht kommt [100], als, wenn nun derselbe durch eine dem Schuldner zuzurechnende Schuld noch mehr verschlechtert wird oder untergeht, nicht sein ehemaliger, sondern derjenige Werth in Anschlag gebracht wird, welchen er bis zu dem letztgedachten

[96] Die Verneinung folgere ich aus obigen Gründen, die Beschränkung aus den Stellen der Anm. [103]. Da die letzte fr. 6. *de Tritico leg.* im Allgemeinen von *damnum propter moram* spricht, so stützt Schilling a. a. O. S. 275. darauf auch eine allgemeine Pflicht des Gläubigers zum Schadensersatz, allein auch das darin enthaltene Beispiel betrifft wie die übrigen drei eine Weinlieferung, also den dadurch entstandenen Nachtheil, dass der Schuldner durch die *mora* desselben im Gebrauch seiner Gefässe behindert war. S. Anm. [103].

[97] Denn es kann sein, dass sie von ihm bisher auch schon zu tragen gewesen wäre, s. Wolff S. 485.

[98] Fr. 84. §. 3. *de leg.* I. fr. 5. 17. *de Periculo rei vend.* fr. 72. pr. *de Solut.* fr. 105. *de V. O.* (Wegen fr. 39. *de R. J.* s. Wolff S. 482 f.) Ein eigentlicher Untergang des Gegenstands ist freilich nur möglich, wenn er eine *species* ist, nicht wenn ein *genus;* indessen ist doch für obigen Fall darin eine Gleichheit angenommen, wenn der Schuldner die bestimmte Summe fungibler Sachen von anderen abgesondert, somit individualisirt, und nun so dem Gläubiger angeboten hat und sie nicht angenommen worden ist, fr. 72. pr. *de Solut.*, vergl. auch Madai S. 456. und Wolff S. 486. Hiermit könnte fr. 102. pr. *de Solut.* in Widerspruch erscheinen; frühere Erklärungsversuche s. bei Madai S. 458., dessen eigener auch nichts erklärt. Die Stelle braucht aber gar nicht von *mora* verstanden zu werden, sondern das *differre* kann sehr wohl mit Zustimmung des Schuldners geschehen sein; der Gläubiger wollte ja das Geld nicht gar nicht annehmen, auch ist von keiner *injusta caussa* die Rede, sondern *alia die accepturus* (*accipere*) *distulit.* Auf eine Erklärung der Art musste doch eine andere des Schuldners, wenn auch nur durch die That erfolgen. Widersprach er nun nicht und forderte die Abnahme des Gelds nicht von Neuem, so muss in seinem stillschweigenden Wiederfortgehen mit dem Gelde nothwendig Einverständniss angenommen werden. Da nun der Schuldner sich durch Deposition befreien kann, wenn der Gläubiger das Geld nicht nehmen will, so ist, wenn er es nicht thut, auch im Fall eines wirklichen Verzugs des Gläubigers, der Fall dem in Anm. [101] a. E. erwähnten ganz ähnlich.

[99] Fr. 5. 17. *de Periculo rei vend.* fr. 9. *Sol. matrim.*, er wird also von *culpa levis* und *custodia* frei.

[100] Fr. 37. in f. *Mandati* s. folg. Anm.

Ereigniss hatte, bei fungibeln Sachen jedoch der zur Zeit der nun etwa zu erhebenden Klage, und endlich ohne weiteren Unterschied der Sachen, je nachdem er an dem Ort, wo die Leistung geschehen sollte, oder wo nun Klage darüber geführt wird, geringer war[101]. In den Fällen, wo der Schuldner eine bestimmte Sache (*species*) zu leisten hatte, treten diese Folgen zu seinen Gunsten vermöge Rechtens von selbst ein, in anderen muss er sie mittelst einer vorzuschützenden Exception geltend machen[102].

2) In sofern dem Schuldner aus der verweigerten Annahme vermöge der Natur des Gegenstands der Leistung oder ihrer Bewirkung ein Nachtheil entsteht, namentlich also, wenn die Aufbewahrung oder Erhaltung desselben mit Aufwand verknüpft ist, falls dergleichen nöthig geworden, um die Leistung vertragsmässig zu bewerkstelligen, ist der Gläubiger gehalten, ihm Ersatz zu leisten[103].

[101] Fr. 3. §. 4. *de A. E.*; von dieser Stelle gilt dasselbe, was vom Werth des Orts, Anm. [40] a. E. bemerkt worden, während in Ansehung des Werths der Zeit nach die Beschränkung auf fungible Sachen nach Anm. [36] zur Anwendung kommt. Dagegen tritt hier die Alternative des §. 3. *eod.* nicht etwa umgekehrt analog zu Gunsten des Schuldners ein, so dass er, wenn der Preis zur Zeit der Kondemnation niedriger ist, nur zu diesem zu verurtheilen wäre, denn er geräth mit der Ins. der Klage seinerseits von Neuem in Verzug, (s. A. 2. a. 4,) und der Vortheil des früheren Verzugs des Gläubigers für ihn besteht also darin, dass jene Alternative nicht wider ihn dann Platz ergreift, wenn der Preis zur Zeit der Kondemnation höher wäre. Dieses Resultat kann befremdend erscheinen, nichts desto weniger ist es in §. 4. *d.* coll. §. 3. ganz unzweideutig enthalten. (Madai S. 460 f. und Schilling S. 276. scheinen hierbei nichts Besonderes zu finden.) Fritz S. 364. will nach fr. 37. *Mandati* die Alternative eintreten lassen, je nachdem der Werth zur Zeit der *mora* oder der Klaganstellung geringer gewesen, allein die Stelle handelt nicht von *res fungib.*, sondern von einer *species*, und daher ist eine Kombination beider nicht möglich. Aber auch für letztere tritt nach der cit. Stelle die Alternative nicht ein, denn, wenn die Sache in der Zwischenzeit vom Verzug des Gläubigers bis dahin, wo es doch noch zur Klage deshalb kommt, zufällig an Werth verloren hat, so versteht sich von selbst, dass nur dieser veringerte Werth in Anschlag kommen kann, weil ja der Gläubiger das *periculum* trägt, wenn aber durch Schuld des Schuldners, so haftet er freilich dafür wegen seiner Schuld (s. im Text); sollte hingegen der Werth gestiegen sein, und es sich um diesen und nicht um die Sache selbst handeln, (letzteren Falls käme jener nicht weiter in Betracht,) so muss es nach fr. 37. *d.* bei demselben, wie er zur Zeit der *mora* war, sein Bewenden behalten, wie der Text enthält. Vgl. auch Unterholzner Bd. I. S. 131. Hieraus erhellt nun, dass der Schuldner solcher Sachen, deren Preis mit der Zeit wechselt, durch seines Gläubigers Verzug dann Schaden haben kann, wenn der Preis zur Zeit des Verzugs niedrig steht, und zu der Zeit, wo letzterer endlich zur Annahme der Leistung bereit ist, gestiegen ist. Will er sich dem nicht aussetzen, so muss er sich zu dem ersteren Zeitpunkt der Obligation dadurch entziehen, dass er den Gegenstand der Leistung deponirt. — Bei den Pandektisten findet sich häufig und selbst noch bei Wolff S. 495. der irrige Satz, dass der säumige Gläubiger nur den geringsten Werth der schuldigen Sache fordern könne, s. z. B. Thibaut §. 99. a. E. Wening §. 242.

[102] Vgl. über die verschiedenen Ansichten Madai S. 454 ff. Schilling S. 276. Wolff S. 486 f., s. nämlich: 1) fr. 105. *de V. O.* 2) fr. 73. §. 3. *eod.* fr. 30. 72. pr. *de Solut.* (die zweite Stelle ist von einem ähnlichen Fall, wie die letzte zu verstehen). Wenn eine positive Handlung unmöglich geworden ist, so wird ebenfalls in der Regel Befreiung *ipso jure* anzunehmen sein, nur ist diese Unmöglichkeit freilich nicht immer so sichtbar, um die Folge der Befreiung erkennen zu lassen, wie die, eine untergegangene Sache zu leisten.

[103] Fr. 1. §. 3. 4. *de Periculo rei vend.* fr. 38. §. 1. *de A. E.* fr. 8. *de Tritico etc. leg.* (Vergl. §. 116. bei Anm. [54].) Mit dem obigen Recht steht das nachher unter 4) folgende in dem Zusammenhang und Verhältniss, dass in Nothfällen der Schuldner zur Ausübung des letzteren schreiten kann. Dabei ist unter Berücksichtigung der Umstände äusserste Vorsicht nöthig, um nicht dem Gegner einen positiven Schaden

Ausser diesen Folgen von allgemeinerer Bedeutung kommen jedoch noch folgende besondere in Betracht:

3) die schon erwähnte Befugniss der Deposition des zu leistenden Gegenstands, welche dann die Zahlung vertritt, und womit auch der Lauf der auf einer besonderen Obligation beruhenden Zinsen endet[104]; auch ohne die Deposition erlischt jedoch diese dann, wenn nachgewiesen werden kann, dass das Geld ununterbrochen von dem geschehenen Angebot bereit gelegen habe, so dass das Angebot selbst als fortwährend geschehen erscheint[105].

4) Die Befugniss des Schuldners im Nothfall, d. h. wenn er ihn wegen überwiegender eigener Interessen nicht länger aufbewahren kann, über den zu leistenden Gegenstand für Rechnung des Gläubigers bis zum Verkauf, ja sogar bis zur Vernichtung oder Preisgebung desselben zu verfügen (s. §. 27. 2. c.)[106].

ganz unnützer Weise zuzufügen, es muss also der Schuldner kein anderes Mittel haben, eigenen Schaden abzuwenden, wobei jedoch die blosse Aussicht, Schadensersatz nach Nr. 2) fordern zu können, nicht absolut in Anschlag kommt. Die Berücksichtigung der Umstände unter Hinsicht darauf, dass der Schuldner überall als redlicher Mann handeln, und unter den verschiedenen ihm zustehenden Mitteln das dem Gläubiger wenigst schädliche, wenn es nur zum Zweck führt, wählen muss, muss in den Einzelfällen leiten, so z. B. würde eine durch bestellte Pfänder oder Bürgen gegründete Erwartung, Schadensersatz zu erhalten, dem Schuldner bei der Ausübung des Rechts Nr. 4, entgegenstehen. (Wolff S. 489 ff. erörtert dies näher in einem Klimax der zu ergreifenden Maasregeln bis zur Klage auf Annahme des Objekts, nach fr. 9. *de A. E.*, über diese aber s. nachher.) Die Verpflichtung des säumigen Gläubigers zum Schadensersatz mit der Bevorwortung in Nr. 2) ist durch die citt. Stellen nur rücksichtlich der Erhaltung und Aufbewahrung direkt bewiesen; es kann indessen nicht bezweifelt werden, dass sie in dem ganzen angedeuteten Umkreis gilt; z. B. der Schuldner hätte eine vergebliche Reise nach dem *locus sol.* gemacht und müsste nachher noch eine zweite thun. Wolff S. 490. [382] bezweifelt (freilich in Widerspruch mit seiner Ansicht, dass der Gläubiger wegen *culpa* das Interesse zu prästiren habe), dass dem Schuldner eine Klage zustehe, ausser wenn *negotior. gestio* anzunehmen sei. Allerdings wird er zunächst ein Retentions- und Kompensationsrecht ausüben können, so dass es zur Klage selten kommen wird, zumal aus der später noch erfolgenden Leistung ohne solchen Abzug ein stillschweigender Erlass regelmässig zu folgern sein wird, gleichwohl muss ich dem Schuldner auch eine Klage zusprechen, sobald sich nur eine selbstständige Obl. nachweisen lässt. In den drei ersten der citt. Stellen ist nun theils direkt, theils indirekt (*mercedem dolior. potest exigere*, — *per arbitr. indemnitat. posse servari*) eine solche anerkannt, und zwar offenbar die aus dem Kauf gemeint; ebenso ist in fr. 9. *de A. E.* die Klage auf eine Hinwegschaffung des gekauften Gegenstands — Steine — nicht davon zu verstehen, dass der Käufer als Gläubiger denselben nehmen solle und müsse, sondern, dass er durch Erfüllung des Kontrakts den Verkäufer von der Last und Unannehmlichkeit, jenen noch länger zu behalten, befreie; es kommt also auch hier allein auf das Interesse an, die Steine loszuwerden, welches ja den Werth derselben weit übersteigen kann, so dass der Käufer mit dem Verzicht auf sein Recht daran gar nicht loskommt. Aber auch dann ist eine selbstständige Obligation auf das Interesse anzunehmen, wenn über die Leistung, deren Ort, Zeit und Art und Weise etwas bestimmt worden ist, denn darin sind Nebenverträge enthalten, und wenn also der Schuldner zwar auch nicht die Annahme der Leistung vom Gläubiger rechtlich erzwingen kann, so steht ihm doch aus den Beabredungen über die Modalitäten derselben ein Anspruch auf Ersatz des Schadens oder Aufwands zu, welchen des Gläubigers jenen Beabredungen zuwiderlaufendes Benehmen veranlasst hat. Soweit freilich hiernach eine Klage nicht existirt, kann der Schuldner seine desfallsigen Ansprüche nur *excipiendo* geltend machen, s. z. B. fr. 8. *Tritico etc. leg.*

[104] Fr. 7. *h. t.* c. 9. 19. *eod.* s. §. 103.

[105] Fr. 122. §. 5. *de V. O.* s. dazu Unterholzner Bd. I. S. 130. e., auch Schilling S. 284 f.

[106] S. Anm. [103]. Ohne triftigen Grund will wegen des Beispiels vom Wein in den dort citt.

5) Es endet die Verpflichtung zu Verzugszinsen, oder sie entsteht gar nicht, ingleichen der Bezug des dem Gläubiger bis dahin zugestandenen Genusses fremder Sachen, also im Besonderen auch der antichretische Vertrag für einen Pfandgläubiger, und die Befugniss, die Pfänder zu verkaufen[107].

6) Endlich treten die vertragsmässigen auf Nichterfüllung oder Verzug des Schuldners gesetzten Nachtheile, wenn sie noch nicht verwirkt sind, wo sie denn freilich durch Verzug des Gläubigers nicht aufgehoben werden, nicht ein, während natürlich die umgekehrt wider den Gläubiger gesetzten in Wirksamkeit treten[108]. Bis auf den zuletzt gedachten Fall, wo eine Klage aus dem Vertrag entspringt, ist das zur Geltendmachung der Wirkungen des Verzugs dem Schuldner zuständige Hauptrechtsmittel die Exception (*doli*), namentlich durch Innebehalten oder Abrechnen[109]; nur wegen der der zweiten Art ist Klage möglich, soweit der Grund zu den desfallsigen Ansprüchen in Nebenbeabredungen zur Hauptobligation liegt[110].

2. Die Gründe, aus welchen ein Verzug des Gläubigers als eingetreten erscheint, sind ähnlich, wie die für den Verzug des Schuldners, doch ohne analoge Beziehung, in zwei Klassen zu sondern:

a. Parallel der Mahnung des Schuldners durch den Gläubiger, als Grund des Verzugs des ersteren, steht hier als solcher für den Gläubiger das Angebot der Leistung und die darauf grundlos erfolgte Weigerung der Annahme[111]. Von diesen beiden Momenten ist das erste immer positiv, das zweite nicht. Jedes steht, um diese Wirkung herbeiführen zu können, unter besonderen Voraussetzungen.

aa. 1) Das Angebot der Leistung muss von der Art sein, dass sie unmittelbar und sofort geschehen soll und kann, so dass es nur darauf ankommt, dass sie der Gläubiger annehme. Es umfasst zweierlei, die Erklärung, leisten zu wollen, und die Aufforderung, in Empfang zu nehmen; die erstere ohne die letztere wäre ohne Erfolg, und ob diese in jener enthalten sei, ist eine Frage von thatsächlicher Natur. Dies ist aber nicht so aufzufassen, als müsse das Angebot immer und unbedingt dergestalt geschehen, dass im Augenblick ihm die Leistung folge, und die Mittel dazu gegenwärtig und vorhanden seien, also namentlich, wenn es mündlich geschieht,

Stellen Madai S. 470. diese Verfügung als ein besonderes Recht des Weinverkäufers ansehen. Unbedenklich muss sie zunächst schon auf andere Flüssigkeiten Anwendung leiden; aber auch auf andere Sachen, nur wird es rücksichtlich ihrer — etwa lebende Thiere, Vögel ausgenommen — sich selten treffen, dass nicht andere Maasregeln hier zum Zweck führen. Flüssigkeiten kann man ohne Gefäss nicht erhalten, — Korn lässt sich aus den Säcken, wenn man deren bedarf, in irgend einem Raum auf den Boden schütten. Für Geld findet sich unter den hier vorausgesetzten Umständen immer Raum oder Gelegenheit, es zu erhalten.

[107] C. 11. *h. t.* c. 5. *de Distract. pign.* vgl. Schilling a. a. O. S. 278 f.

[108] S. §. 88. Anm. [4]. Vgl. Madai S. 472. Ders. weist S. 462 ff. noch mehrere oft als Wirkungen der *mora cred.* angeführte Erscheinungen zurück, darunter aber bestreitet er irrig die unter 5) am Schluss gen., s. Schilling S. 278. Letzterer rechnet S. 279. hierher auch noch: 1) fr. 6. *de Opt. leg.*, darin aber ist nicht von *mora cred.* die Rede, sondern nur davon, dass er sich zur Ausübung eines Wahlrechts binnen einer vom Richter gesetzten Frist nicht versteht, vgl. Fritz S. 356. Die *mora* muss hier doch wie gewöhnlich schon durch das Angebot des Schuldners eintreten, denn dass auch dieses in solchem Fall möglich sei, also eine Aufforderung zum Wählen, lässt sich doch nicht bestreiten; 2) c. 9. *h. t.* ist wegen des heutigen Zinsfusses veraltet; 3) fr. 18. pr. *de Const. pec.* Diesem kann ich keine besondere Wirkung abgewinnen; s. Anm. [128].

[109] Fr. 8. *de Tritico etc. leg.*

[110] S. Anm. [103].

[111] Fr. 7. *h. t.* fr. 72. §. 2. *de V. O.* fr. 72. pr. *de Solut.* fr. 17. *de Pecun. const.* Man hat häufig die beiden obgedachten Momente als allgemeine Erfordernisse der *mora cred.* angesehen, allein das ist irrig, s. Schilling a. a. O. S. 242 ff. Wolff S. 406 ff.

der Gegenstand derselben mitgebracht und dargereicht werde, und wenn schriftlich, dass er den Brief begleite, sondern im Allgemeinen nur so, dass das Angebot ernstlich gemeint sei, und sobald der Gläubiger sich nur bereit erklärt, die Leistung unverzüglich verwirklicht werden kann [112]. Dies gründet sich zum Theil in der Noth-

[112] Die ältere Doktrin theilte die Oblation bekanntlich in *realis* und *verbalis*, und nun stritt man lebhaft, wann erstere ausreiche und wann nicht, oder gar, ob die eine oder die andere durchgreifend erforderlich sei, oder resp. genüge; vgl. Madai's Bericht S. 231 ff., es ist dabei von vielen Stellen ein ganz falscher Gebrauch gemacht. Die wirklich eingreifenden Quellenzeugnisse sprechen von vereinzelten Fällen und sind spärlich, und ein richtiges Resultat lässt sich weniger direkt oder indirekt aus ihnen, als unter Berücksichtigung allgemeiner Gesichtspunkte und Begriffe gewinnen, (vgl. auch Fritz S. 352 ff.) sehr leicht aber durch falsches Generalisiren einzelner Stellen verfehlen. Von solchen kommen namentlich in Betracht: 1) fr. 39. *de Solut.*, worin die Möglichkeit sofortiger Zahlung des Gelds vorausgesetzt, aber nur ein *paratum me solvere* erfordert ist; 2) fr. 72. pr. *eod.* fr. 7. *h. t.* c. 6. 19. *eod.* c. 9. *de Solution.* Nov. XCI. c. 2., worin die wirkliche Oblation des Gegenstands als geschehen gedacht zu sein scheint, ohne aber es als Erforderniss hinzustellen; 3) fr. 4. §. 1. *de Eo quod certo l.*, worin für *oblata pecunia*, *vel deposita*, *vel ex facili solvenda* gleiche Wirkung anerkannt wird, und welches daher besonders wichtig ist; 4) s. ferner die Stellen der Anm. [97]. — Am gewöhnlichsten ist für die *mora cred.* ohne besonderes weiteres Kennzeichen der Voraussetzungen der allgemeine Ausdruck: *per eum stetit*, *per eum factum est.* Da nun nirgends das Erforderniss des thatsächlichen Anbietens aufgestellt ist, so wird dem im Text beim Notenzeichen aufgestellten Resultat nicht leicht ein gegründetes Bedenken entgegengehalten werden können. (S. auch Schilling a. a. O. S. 242 f.) Die sofortige, unverzügliche Leistung kann allerdings nicht von einem möglichen (und nothwendigen) momentanen Nachfolgen verstanden werden, sobald der Gläubiger zur Annahme bereit ist, sondern auch wieder nur in Gemäsheit der Umstände und der ihnen entsprechenden physischen Möglichkeit, z. B. wenn eine Berechnung vorhergehen muss, (s. fr. 39. *de Solut.*) oder wenn ein Abwesender offerirt und daneben die Zusendung von Waaren auf gewöhnlichem Frachtweg bewirkt, die dann erst später als der Brief ankommen, oder wenn z. B. ein Leipziger Haus von einem Hamburger Waaren gekauft, letzteres wiederholt vergeblich Abnahme gefordert hat, und endlich anzeigt, man habe sie bis zum Eingang der Disposition in einem Packhof deponirt, so dass also bis zum Empfang noch längere Zeit verstreichen würde. Die neueren Wortführer in dieser Lehre, Madai und Wolff, sind (S. 230 ff. S. 412 ff.) mit einander und mit dem obigen Resultat unter der Beschränkung einverstanden, dass ein thatsächliches Angebot doch in den besonderen Fällen, wo der Schuldner einer beweglichen Sache sie dem Gläubiger zu bringen hat, als nothwendig betrachtet werden müsse. Meine Hauptgegengründe dagegen enthält der Text bei Anm. [117]. Ein besonderer ist noch der, dass, wenn diese Ansicht richtig wäre, der Gläubiger in dem Fall, wo ein *locus solut.* bestimmt worden, an welchem ihm also nur mit vollem Erfolg angeboten werden kann, sich nur nicht dort antreffen zu lassen brauchte, um niemals *in moram* versetzt werden zu können. Der letztere der beiden Gen. will denn auch Ausnahmen zugelassen wissen, (S. 417.) welche jedoch den Satz umstossen. Er ist aber auch in der That so unpraktisch, dass seine Anwendung unaufhörlich zu Beschränkungen führen müsste, wenn man nicht Ungereimtes oder gar Unmögliches verlangen will.. Soll der, wer einige tausend grosse Schiffbauhölzer, deren jedes zum Transport einen Wagen mit vier Pferden erfordert, zu liefern hat, diese dem Gläubiger gleichzeitig (s. Nr. 3,) vor das Haus bringen, wo sie keinen Raum finden werden, da die Reihe meilenlang sein wird, — und sind dann die hintersten weitentfernten auch offerirt? oder soll der, wer 50,000 Thaler in Thalerstücken zahlen soll, etwa die ganze Summe dem Gläubiger in's Haus bringen, um ihn *in moram* versetzen zu können? Und wo soll hier die Grenze beginnen, mit welcher die Nothwendigkeit wegfällt? Es ist aber nicht einmal erforderlich, auf Beispiele solcher Art Bezug zu nehmen. Wer z. B. nur 5 Thaler zu zahlen hat und mit ihnen zum Gläubiger geht, sie diesem anzubieten, soll der sie etwa in der Hand haben müssen und nicht in der Tasche tragen dürfen? Wie nun, wenn der Gläubiger nach erfolgter Er-

wendigkeit. Wäre nämlich deren Gegenstand ein Grundstück, so kann das Angebot nur durch wörtliche Erklärung geschehen, und diese ist vollständig genügend, wenn die Umstände danach sind, dass zur Uebergabe Alles vorbereitet ist und die Besitzergreifung allein vom Gläubiger abhängt[113]. Auch bewegliche Sachen aber können von der Art und Zahl sein, dass deren Leistung gar nicht durch ein Ueberbringen und Darreichen möglich oder zum Zweck des Angebots als nöthig vorauszusetzen ist, z. B. ein Schiff, oder eine grosse Quantität Bauholz. Bei Leistungen ferner, die ein eigentliches Thun umfassen, kann ein Angebot anderer Art, als durch die Erklärung sofortiger Bereitwilligkeit und das Vorhandensein etwaniger dazu nöthiger Anstalten ebensowenig gedacht werden[114]. Ist das Produkt einer eigenen Handlung oder Arbeit zu leisten, so kommt es darauf an, ob die Möglichkeit dazu in sofern vom Gläubiger abhängt, dass er die Vornahme derselben an Gegenständen, welche unter seiner Botmässigkeit stehen, erst zu gestatten hat, oder nicht, sondern dieselbe ausschliesslich dem Schuldner anheimgegeben ist. Im ersteren Fall gilt vom Angebot dasselbe, wie so eben bei den ein blosses Thun begreifenden Leistungen gesagt worden; im zweiten Fall aber ist ein wirksames Angebot allerdings nicht eher möglich, bis das Produkt hergestellt ist, übrigens aber jenes an sich von dem in anderen Fällen, und namentlich von dem zu leistender beweglicher Sachen, nicht verschieden[115]. — Wenn ferner der Gläubiger beweglicher Sachen von anderer als der vorher gedachten Art verpflichtet ist, dieselben vom Schuldner abzuholen, so ist die Erklärung und Aufforderung ohne Begleitung des Gegenstands der Leistung, also ein sog. blos mündliches, nicht auch thatsächliches Angebot, ebenfalls vollkommen geeignet, eine Verweigerung der Annahme als Verzug des Gläubigers erschei-

klärung des Schuldners, zahlen zu wollen, bevor er ihrer ansichtig wird, sich schweigend entfernt, so dass die Zahlung an ihn unmöglich wird — soll derselbe nicht *in moram* versetzt erscheinen? Ist hier aber ein thatsächliches Angebot geschehen? Allerdings würde das Angebot nicht gehörig geschehen sein, wenn der Schuldner sie zu dieser Zeit nicht disponibel gehabt hat, so dass er sie nicht würde haben zahlen können, sobald jener sie hätte annehmen wollen, und möglich ist es, dass auf diese Weise ein täuschendes Vorgeben den Schuldner zu dem Zweck führt, den Gläubiger *in moram* zu versetzen, von dem er im Voraus weiss, dass er das Geld nicht annehmen werde, denn dieser müsste einen solchen Einwand beweisen, was u. U. unmöglich sein kann; allein das kann an der Richtigkeit des behaupteten Satzes nichts ändern, da er es ja durch seine Schuld nicht dazu hat kommen lassen, sich davon zu überzeugen zu können.

[113] Vergl. Madai S. 236. Wolff S. 415.

[114] Es wird von den Umständen und der Natur der Handlung abhängen, ob Vorarbeiten, Anschaffung von Material und dergl. dazu erforderlich sind; wo nicht, so genügt die einfache Erklärung und der Gläubiger hätte dann abwarten sollen, ob sie verwirklicht werde. Glück Comm. Bd. IV. S. 408. hält letztere nach fr. 39. *de R. J.* immer für ausreichend, allein diese Stelle hat auf Erfüllung von Bedingungen Bezug, die der Gläubiger verhindert, und würde ja auch hier eine gar nicht eintretende Wirkung bedeuten, nämlich des Verlusts des Rechts, die Handlung zu fordern. S. noch folg. Anm.

[115] Man nehme hierzu folgende Beispiele: es hat 1) ein Baumeister die Verpflichtung, ein Haus zu bauen; 2) ein Schuhmacher die, ein Paar neue Stiefeln zu machen; 3) ein Maurer die, ein Haus abzuputzen, oder ein Tagelöhner die, einen Graben zu heben; 4) ein Bote die, einen Weg und eine Bestellung zu machen. Die drei ersten sind *opera* schuldig, der letzte *operas*, oder ein blosses *facere*. Rücksichtlich der ersteren würde es darauf ankommen, ob der Schuldner dabei ganz unabhängig ist, wie im zweiten Beispiel, oder wenn ihm der Platz zum Hausbau zur freien Disposition gestellt ist, oder ob er überhaupt seine Leistung nicht eher beginnen kann, als der Gläubiger es zulässt, z. B. dieser müsste erst die nöthigen Anstalten zum Abputz des Hauses an diesem selbst gestatten, und verweigert es. — Die Umstände ergeben hier, was in den einzelnen Fällen dazu gehört, das Angebot erfolgreich erscheinen zu lassen.

nen zu lassen[116]. Hat umgekehrt der Schuldner die Sache dem Gläubiger zu bringen, so könnte es scheinen, dass das Angebot nur in deren Begleitung wirksam sei. Allein aus dieser Verpflichtung, welche nur der Vollziehung der Leistung selbst angehört, lässt sich ein besonderes Erforderniss zum Angebot um so weniger folgern, als die Natur der Sachen, also etwas Zufälliges und Thatsächliches, einen Einfluss auf dessen Voraussetzung, und also auf das obligatorische Verhältniss selbst ausüben würde, die Frage aber, ob sie ihrer Natur nach der vorher gedachten ersten, oder der anderen Art angehören, sobald es sich nicht um leicht transportable Gegenstände handelt, oft willkührlichen Ansichten überlassen werden müsste[117]. Wenn endlich deren Leistung auf andere Weise, als durch Abholen von Seiten des Gläubigers oder Ueberbringen des Schuldners an diesen geschehen soll, so brauchen, um ein wirksames Angebot herzustellen, wieder nur zugleich die Anstalten und Vorbereitungen dazu getroffen zu sein. — Uebrigens ist in allen Fällen das Angebot unter Voraussetzung und auch unter ausdrücklicher Bevorwortung, dass der Gläubiger in Bezug auf die Leistung das thue und gewähre, was ihm dabei den Umständen nach obliegt, als Quittungsleistung, Herausgabe der Schuldurkunde und dergleichen, und bei gegenseitigen Obligationen gegen das Verlangen der Gegenleistung, zulässig und wirksam, indem die Verweigerung der Erfüllung dieser Obliegenheiten der der Annahme gleichsteht[118].

2) Um dem Angebot hinsichtlich der Personen, welche dabei thätig werden, seinen Erfolg zu sichern, gelten im Allgemeinen die Grundsätze von der Zahlung. Es muss also der Schuldner fähig sein, von seinem Vermögen zu veräussern, soweit die Leistung eine Veräusserung enthält. Soweit ferner die Leistung nicht von der Art ist, dass sie nur vom Schuldner selbst angenommen zu werden braucht, was namentlich von den ein eigentliches Thun betreffenden gilt, wobei es gerade darauf ankommt, dass der Schuldner dieses in Person verrichte, kann Jeder für ihn mit Erfolg anbieten, wer für ihn zahlen kann (s. §. 90. z. A.)[119]; auch kann er es natürlich durch einen Bevollmächtigten thun. Der Gläubiger dagegen muss fähig sein, Zahlung mit Erfolg anzunehmen, wenn ihm soll angeboten werden können; ist er es nicht, so kann es nur an die Person geschehen, welche für ihn diese Fähigkeit hat, also ein Vormund oder Curator. Ebenso kann den zur Empfangnahme der Leistung bevollmächtigten Personen, mögen sie ein General- oder Spezialmandat dazu erhalten haben, mit Erfolg für den Gläubiger angeboten werden[120].

3) Das Angebot muss die Leistung in ihrem ganzen Umfang betreffen, indem sich der Gläubiger nicht theilweise Zahlung gefallen zu lassen braucht, sobald sie nicht in einzelnen Posten und Terminen geschehen sollte, wo dann für jeden Theil

116 Fr. 1. §. 3. *de Periculo rei vend.;* dass eine Abrede der Art Statt gefunden, folgt aus der Wirksamkeit des *denunciare, ut tollat.* fr. 3. §. 4. *de A. E.*, auch hier ist dieselbe dem ganzen Zusammenhang nach vorausgesetzt, da sogar ein Angebot danach nicht einmal nöthig scheint, s. Wolff S. 418 f. und 414. vergl. auch Madai S. 237.

117 Vergl. Anm. 112.

118 Vergl. Wolff S. 438 f.

119 Vergl. Madai S. 246 ff. Schilling a. a. O. S. 244. Wolff S. 424 f. A. M. ist Fritz s. 350., indessen kommt er zu keiner festen Meinung, sondern verneint den Satz mit der Beschränkung, wenn nicht dem Schuldner damit ein Gefallen geschehe.

120 Hierüber ist Streit, indem manche einen Unterschied zwischen der Art des Mandats machen, s. M. und W. a. d. a. O., dagegen aber Schilling a. a. O.; es muss nämlich, da nach fr. 12. pr. *de Solut.* einem so gut wie dem anderen gezahlt werden darf, und da nach fr. 34. §. 3. *eod.* in einem solchen Mandat zugleich die Anweisung an den Schuldner zum Zahlen liegt, nothwendig folgen, dass er nun auch demjenigen die Leistung mit Erfolg muss anbieten dürfen, der sie annehmen soll. S. auch Fritz S. 351.

ein theilweises Angebot erfolgen darf; also auch in Ansehung späterer, wenn die früheren noch nicht abgetragen sind, oder einzelner von allen fälligen, denn in Ansehung der Zahlung erscheint die Leistung eines jeden Posten wie eine besondere. Sind mehrere getrennte Forderungen gleichzeitig fällig, so brauchen um so weniger alle zusammen angeboten zu werden, sondern es ist rücksichtlich jeder einzelnen zulässig [121].

4) Rücksichtlich der Zeit und des Orts des Angebots gelten im Allgemeinen die Grundsätze von der Erfüllung der Obligationen, d. h. es kann nur dann und da angeboten werden, wann und wo der Gläubiger annehmen muss [122]. Rücksichtlich der Zeit ist, wenn ein Erfüllungstag festgesetzt worden, früheres Angebot dann zulässig, wenn dieses dem Interesse des Gläubigers nicht zuwider ist, sei es, dass er, wie durch vertragsmässig noch auf längere Zeit zu beziehende Zinsen einen wirklichen Nachtheil dadurch erleiden würde, oder dass ihm die Zeit wegen zusammentreffender Umstände nur ungelegen ist [123]. Bei unbetagten Forderungen fällt diese Beschränkung weg, und es gilt dann nur, übrigens aber auch ganz allgemein, die Beobachtung des Zeitpunkts in gleicher Weise, wie für die Mahnung, s. A. 2. a. 2) [124].

bb. Die Nichtannahme der angebotenen Leistung kann sowohl durch ausdrückliche Weigerung, als durch ein sich passiv Verhalten und Schweigen geschehen. Soll sie die Wirkung des Verzugs herbeiführen, so darf kein Grund vorhanden sein, welcher den Gläubiger dazu berechtigt; diese ruhen sämmtlich in der gemeinsamen Quelle, dass das Angebot auf gehörige Weise geschehen sei [125].

b. Auch ohne geschehenes Angebot der Leistung aber wird der Gläubiger in Verzug rücksichtlich der Annahme versetzt, wenn es nur zunächst an ihm liegt, dass die Leistung nicht, oder wenn ein Tag dazu bestimmt worden, nicht zur rechten Zeit erfolgt ist. Wenn nämlich:

aa. der Gläubiger dem Schuldner erklärt, dass er die Leistung nicht annehmen werde, — vorausgesetzt natürlich, dass damit nicht ein Verzicht darauf, ein Erlass ausgesprochen wird, — also entweder blos für jetzt noch nicht, oder unter Aufstellung von Ansinnen an den Schuldner, oder gewisser Bedingungen, welche sich dieser nach der Natur der Obligation nicht gefallen zu lassen braucht, und welche

121 S. Madai S. 237 ff. Wolff S. 425.

122 S. diess. S. 240 ff. und S. 428 ff. vergl. die Stellen der folg. Anm. c. 9. *de Solut.*

123 S. fr. 122. pr. *de V. O.* fr. 39. *de Solut.* (*verba: quid enim etc.*) und dazu Schilling S. 243. bes. gegen M.'s Ansicht über diese Streitfrage. Stellen, wie fr. 38. §. 16. fr. 137. §. 2. (*v. nam et quod etc.*) *de V. O.* fr. 70. *de Solut.* sind nur davon zu verstehen, wenn der Aufschub im Interesse des Schuldners geschehen ist.

124 Es ist früher mit der Oblation noch die Obsignation und Deposition der zu leistenden Gegenstände in einen nothwendigen Zusammenhang gebracht worden, aber irrig, indem damit die Leistung selbst geschehen würde; s. Madai S. 252 ff. Wolff S. 431 ff.

125 Fr. 72. pr. *de Solut.* fr. 17. *de Pecun. const.* fr. 7. *h. t.* Vergl. Schilling a. a. O. S. 246. (auch Fritz S. 357.) bes. gegen Madai S. 758 ff., welcher analog hier dieselben Entschuldigungsgründe für den Gläubiger wie für den Schuldner bei der Mahnung gelten lassen will. Wolff S. 434 f. will auch den *casus* mit hierherziehen, welcher dem ersteren die Annahme unmöglich macht. Dieses kann ich nicht zugeben, weil die möglichen Nachtheile nun den nicht weniger unschuldigen Schuldner treffen würden. Nur in sofern das Angebot demgemäss als *inopportuno loco vel tempore* geschehen erschiene, z. B. einem todtkranken Gläubiger geschieht, oder dem im Gefängniss Sitzenden, würde eine Rücksicht der Art begründet sein, die im Allgemeinen für den Richter nach Analogie der für die Mahnung in Betracht kommenden Umstände nicht minder als geboten zu betrachten ist.

nachmals für unbegründet befunden werden, so geräth er damit in Verzug, indem er nun dem Schuldner die Leistung unmöglich und das Angebot im Voraus vergeblich macht [126]. Von den hierbei handelnden Personen gilt, wie für alle folgenden Fälle, dasselbe, was vorher unter a. aa. 2) bemerkt wurde [127].

bb. Wenn sich der Gläubiger an dem beabredeten Ort der Leistung zu der dafür bestimmten Zeit, oder da und dann, wo und wann dies der Natur und Art der Leistung und den Umständen nach zu erwarten ist, nicht stellt, also in Ermangelung solcher Beabredungen und besonderen Voraussetzungen von seinem Wohnort zu der Zeit abwesend ist, wo das Angebot geschehen darf, so tritt für denselben Verzug ein, sobald der Schuldner anwesend und bereit zur Leistung ist, diese aber wegen der Abwesenheit des ersteren nicht anbieten und leisten kann [128]. Ist derselbe verpflichtet, die Sache vom Schuldner abzuholen und anwesend, so entsteht der Verzug für ihn nicht schon dann, wenn er nicht zu diesem kommt oder schickt, sondern erst, wenn er auf vorangegangenes Angebot, hier also die Aufforderung des Schuldners (s. 2. a. aa. 1) a. E.), dem nicht nachkommt [129].

cc. Es tritt ferner Verzug des Gläubigers ein, wenn der Schuldner, um zu zahlen, eine spezielle Berechnung der Forderung verlangt, und der Gläubiger diese aufzustellen unterlässt, vorausgesetzt, dass eine solche nöthig ist, um vollständige Zahlung leisten zu können [130].

C. Die Wirkungen des Verzugs sind nicht nur augenblickliche, sondern währen fort, sobald derselbe einmal eingetreten ist [131]. Dagegen ist es möglich, dass sie

[126] S. Wolff S. 407 ff.

[127] Wegen Bevollmächtigter s. Anm. [120], worin W. zum Theil a. M. ist. Ob aber auch, wenn der Gläubiger dies einem Dritten, welcher für den Schuldner zahlen will, erklärt? Wenn hier kein Angebot erfolgt, was dann zu Lit. a. im Text gehört, so kann natürlich von einem solchen Erfolg nicht die Rede sein, weil es dann an einem Anknüpfungspunkt zwischen dem Gläubiger und dem Dritten zu Gunsten des Schuldners ganz fehlt.

[128] Fr. 18. pr. *de Pecun. const.*, über die Anwendung dieser Stelle s. Schilling S. 247. gegen Madai S. 260 ff., doch ist letzterer im Resultat einverstanden, ebenso Wolff S. 436 ff., beide behaupten jedoch hier Anknüpfungspunkte, vermöge einer Analogie der Grundsätze wider abwesende Schuldner, welche nicht durchzuführen ist. Auch ist die von beiden angenommene Anwendung des fr. 23. pr. *h. t.* auf den Gläubiger nicht zu beweisen. — S. noch folg. Anm.

[129] Hierüber ist unter Bezug auf fr. 1. §. 3. *de Periculo rei vend.* Streit, vergl. Madai S. 266., indem Manche annehmen, dass in solchem Fall schon durch das blosse Ausbleiben des Gläubigers *mora* eintrete, und dass sie nicht, wie gewöhnlich, durch voraufgehendes Angebot begründet werde, so selbst wieder Schilling S. 248., weil ja der Wein erst habe ausgemessen werden sollen. Ich kann darin nichts Eigenthümliches entdecken, sondern halte es für ebenso gleichgültig, wenn er nicht schon in seinem besonderen Gefäss sich befindet, wie wenn die in Empfang zu nehmende Geldsumme noch nicht abgezählt und gepackt ist. Dagegen beruht der Unterschied des obigen vom vorhergehenden Fall darin, dass, wenn ein Leistungsort festgesetzt worden, erst an diesem angeboten werden kann und darf, im ersteren aber nichts Besonderes weiter für die Anwendung der gewöhnlichen Grundsätze von der Oblation in Betracht kommt.

[130] C. 4. *de Usur. pupill.* Madai S. 264 ff. und Wolff S. 439 f. leugnen diesen Schluss aus dieser Stelle, und letzterer den ganzen Satz als richtig, s. dagegen Schilling S. 247., welcher mit Recht bemerkt, dass ja darin eben eine Berechnung erst noch als erforderlich vorausgesetzt sei, weil ohnedies der Sache durch Deposition der schuldigen Summe würde haben ein Ende gemacht werden können. Auch hindert ja der Gläubiger auf diese Weise den Schuldner an der Zahlung, was fr. 99. *de R. J.* deutlich anerkennt; s. auch Heumann a. a. O. S. 372. und Fritz S. 355. — Irrig ist noch in fr. 6. *de Opt. leg.* eine besondere Entstehungsart der *mora cred.* gefunden worden, s. dagegen Madai S. 267., womit Schilling S. 248. übereinzustimmen scheint, und auch Fritz S. 356 f.

[131] Fr. 87. §. 1. *de Leg.* II.

wieder aufhören und das frühere Verhältniss wieder hergestellt werde (*mora purgatur, emendatur*). Dieses geschieht:

a. zu Gunsten des Schuldners: 1) sobald er sich zur Leistung bereit erklärt, und zwar in der Weise und unter den Voraussetzungen, um nunmehr ein wirksames Angebot zu begründen[132], oder unmittelbar selbst zur Leistung schreitet[133], für beide Fälle vorausgesetzt, dass die Sachlage noch von der Art ist, dass der Gläubiger nicht durch den Verzug berechtigt ist, das ganze Verhältniss als aufgehoben zu betrachten, und davon zurücktritt, sondern die Leistung noch annehmen muss, wenn er nicht selbst in Verzug gerathen will[134]. 2) Wenn der Gläubiger ohne geschehenes Angebot erklärt, dass er die Leistung nun nicht annehmen werde, während sie noch nicht abgelehnt werden kann, ohne dass er selbst in Verzug geräth[135].

3) Wenn der Gläubiger vom Schuldner eine neue Zahlungsfrist erlangt[136], oder mit ihm oder einem Dritten über die Schuld eine Novation eingeht[137].

Der Einfluss solcher Ereignisse auf die bereits eingetretenen Wirkungen des Verzugs ist dieser. Durch die Novation werden die rücksichtlich der früheren Obligation erwachsenen vermöge Rechtens von selbst völlig verwischt[138]. Aus erfolgter Fristbewilligung erwächst nur eine Exception wider die später etwa erfolgende Forderung verwirkter Nachtheile[139]. In den beiden ersten Fällen hingegen bestehen die erwachsenen Wirkungen fort, und können mit der Hauptforderung geltend gemacht[140], und daher müssen dieselben, also namentlich das Interesse und Verzugszinsen vom Schuldner zur Abwendung und Aufhebung des Verzugs mit

132 Fr. 73. §. 2. fr. 91. §. 3. *de V. O.* fr. 72. §. 1. *de Solut.* fr. 17. *de Periculo rei vend.* s. B. 2. a. aa. 1); ob der Gläubiger nun nicht annimmt und dadurch selbst in Verzug geräth, ist gleichgültig. S. noch Anm. 140.

133 Ohne Hinzutritt oder Thätigwerden des Gläubigers, wenn auch nur durch Gestatten und Annehmen, ist dies nur bei *obl. faciendi* gewisser Art möglich, vergl. Anm. 115. Die Meinungsverschiedenheit, welche darüber entstanden ist, wann für diese *purg. morae* eintrete, nämlich ob dazu die Erklärung, sofort bereit zu sein, hinreiche, oder erst wenn die Handlung erfüllt oder wenigstens angefangen sei, (s. darüber Madai S. 482 ff.) erledigt sich, wenn man die in jener Anm. und in dem Text dazu hervorgehobenen Verschiedenheiten festhält, und beachtet, was danach zum Angebot hinreiche.

134 S. Anm. 12, 7 und 32. Vergl. Wolff S. 501 ff. und Schilling a. a. O. S. 282 f.; ob *res integra* sei, ist eine *quaestio facti*. Hiermit erledigt sich der Streit, ob in gewissen und in welchen Fällen *purgatio morae* möglich sei.

135 Vergl. B. b. aa.

136 S. Madai S. 484. Fritz S. 368. Wolff S. 512.

137 Fr. 17. *de Cond. furt.* fr. 8. pr. *de Novat.* fr. 72. §. 2. *de Solut.* Die Streitfrage, ob eine bedingte Novation *moram* purgirt, und zwar *pendente conditione*, was namentlich im Fall des Untergangs des Gegenstands der Leistung wichtig ist, welche schon zwischen den röm. Juristen bestand, ist zu bejahen, weil darin immer eine Fristbewilligung liegt; fr. 14. pr. *de Novat.* fr. 72. §. 1. *de Solut.* s. bes. Wolff S. 510 ff. und auch Madai S. 487 ff., wegen der übrigen jene Meinungsverschiedenheit enthaltenden Stellen, über dessen Interpr. einiger aber auch Schilling S. 281 f. A. M. scheint Puchta a. a. O. §. 270. bb), indessen ist er zu kurz, um ganz verstanden werden zu können. Vergl. noch Göschen Vorles. Bd. II. 2. S. 250.

138 Das bringt die Natur des Geschäfts mit sich, s. fr. 1. pr. 8. pr. *de Novat.* fr. 17. *de Condict. furt.*

139 Das folgt aus der Natur derselben als eines vertragsmässigen Uebereinkommens. Madai S. 484. 1) und Wolff S. 513. leugnen ganz und gar, dass die schon eingetretenen Nachtheile hierdurch abgewendet würden, allein mir scheint doch darin ein stillschweigender Erlass gefunden werden zu müssen, wenn kein besonderer Vorbehalt geschehen ist.

140 Es ist nämlich kein Grund vorhanden, aus dem dieselben verwischt würden. Für die Konventionalstrafe bestätigen es fr. 23. pr. *de Recept.* und fr. 23. *de Oblig.* ausdrücklich.

angeboten werden[141], es wäre denn, dass der Gläubiger auf dieselben verzichtet hätte, was bei Annahme der ursprünglichen Leistung ohne sie immer zu schliessen ist[142]. Die fernere Wirksamkeit des früher eingetretenen und nun gehobenen Verzugs hört aber auf[143]. Deshalb bleiben auch die vertragsmässigen Wirkungen, nachdem sie einmal verfallen sind, aufrecht[144].

b. Der Verzug des Gläubigers endet, sobald er sich zur Annahme der Leistung bereit erklärt, also m. a. W. den Schuldner nun mahnt, vorausgesetzt, dass die Obligation noch besteht, und namentlich nicht der letztere inzwischen zur Deposition des zu leistenden Gegenstands geschritten ist[145]. Hat der Gläubiger wegen seines Verzugs dem Schuldner einen Ersatz zu leisten (s. B. 1. 2)), so würde er diesen gewähren oder bewilligen müssen, um seinen Verzug völlig aufzuheben[146]. Von da an geräth dann der Schuldner in Verzug, wenn er der Aufforderung nun nicht nachkommt. Ferner muss der Verzug natürlich auch durch Annahme der Leistung, durch Beabredung einer neuen Zahlungszeit oder durch Novation enden[147]. Durch die Wiederaufhebung des Verzugs ist es möglich, dass der, welcher sich bisher nicht darin befand, in denselben versetzt wird, und das kann mehrmals wechseln; gleichzeitiger Verzug des Gläubigers und des Schuldners ist nicht möglich[148]. Den, welcher sich zuletzt und dauernd in Verzug befindet, trifft dann dieser allemal in seinen Wirkungen, bis er wieder gehoben wird, während die eingetretenen des früheren, soweit sie nicht mit seiner Aufhebung selbst wieder weggefallen sind, fortbestehen[149].

141 Vergl. Wolff S. 501. 505. Unterholzner Bd. I. S. 126. A.

142 Fr. 49. §. 1. *de A. E.*, es fehlt nämlich dann an der Möglichkeit, sie zu fordern. Ueber den Vorbehalt der Accessionen s. §. 87. Anm. 24. Wegen der Konv.-Strafe s. §. 88. Anm. 32, und wegen der *Lex commiss.* §. 101. I. 3.

143 Vergl. Madai S. 499. I) 500. b). Es ist Streit darüber, ob die Wirkung der *purgatio m. ipso jure* oder *ope exc. doli* eintrete, s. darüber dens. S. 475. und Schilling S. 280.; jener nimmt das erstere an, weil das Nichtexistirende keine Wirkung mehr äussern könne, dieser das zweite, weil es auch hier die *aequitas* sei, welche sich gegen das strenge Recht geltend mache. Ich kann nur den von letzterem vorgebrachten Gründen beipflichten, dass nach fr. 87. §. 1. *de Leg.* II. fr. 73. §. 2. fr. 91. §. 3. *de V. O.* und fr. 72. pr. *de Solut. exc. doli* als das Mittel, die Wirkungen abzuwenden, anzuerkennen sei.

144 S. die Stellen der Anm. 140 und vergl. Madai S. 504. 506. 4).

145 Fr. 7. in f. *h. t.* fr. 17. in f. *de Periculo rei vend.* c. 19. *de Usur.* Vergl. dens. S. 507. namentlich wegen fr. 7. *h. t.*

146 Die Bewilligung ohne Leistung würde hier ausreichen, sobald der Schuldner sich durch Abzug und Innebehalten befriedigen kann. Eine Theilung der Leistung in der Art, dass die Mahnung wenigstens wegen des Ueberschusses wirksam wäre, würde nur dann möglich sein, wenn dieselbe ihrer Natur nach und dem Inhalt der Obl. gemäss gefordert werden kann, s. §. 84. III. z. A. u. Anm. 41. — Uebrigens lässt sich zu den wider den Gläubiger fortwirkenden Momenten noch die Eigenthümlichkeit der Preisbestimmungen fungibler Sachen zählen, s. Anm. 101.

147 Vergl. Wolff S. 514 f.

148 Vergl. Madai S. 508 ff.; gewöhnlich wird eine solche angenommen, wenn Beide sich nicht zur festgesetzten Zeit am Zahlungsort einfinden, s. darüber Fritz im Archiv Bd. X. S. 155 ff. u. Erl. S. 370 f. u. Madai a. a. O., allein in diesem Fall geräth keiner von beiden in Verzug. Der scheinbare Widerspruch zwischen fr. 51. pr. *de A. E.* u. fr. 17. *de Periculo rei vend.* ist dadurch zu lösen, dass in der ersten auch successiver Verzug vorauszusetzen ist, was sogar durch die sich findende Lesart *ipso posteriore* etc. bestätigt wird, (s. noch Hepp in d. Tüb. krit. Zeitschrift Bd. IV. S. 52 ff.) wenn man nicht mit Unterholzner Bd. I. S. 128. d) die erste Stelle blos in Beziehung auf die Gefahr versteht, welche der Käufer trägt, sobald kein besonderer Grund vorhanden ist, sie dem Verkäufer aufzubürden.

149 Fr. 17. pr. *de Periculo rei vend.*

§. 94.

Mangel der zeitigen Möglichkeit der Erfüllung, besonders wegen Unzulänglichkeit des schuldnerischen Vermögens.

I. Die Unzulänglichkeit des Vermögens des Schuldners, mit welchem der Betrag der Leistung, wenn sie ausbleibt, durch die Hülfsvollstreckung des verurtheilenden Erkenntnisses in Vergleich tritt, (s. §. 86. z. A. §. 90. II.) ist ohne Einfluss auf das Fortbestehen der Forderung; deren Nichtbefriedigung, ganz oder zum Theil, ist nur eine thatsächliche Nothwendigkeit, und sobald sich Gelegenheit darbietet, kann der Zwang zur Erfüllung von Neuem versucht werden [1]. — Ist ein Schuldner mehreren Gläubigern schuldig, und nicht im Stande, alle vollständig zu befriedigen, so entsteht die Frage, wie sein Vermögen zur Befriedigung der verschiedenen Forderungen verwendet werden soll? Sie beantwortet sich im Allgemeinen dahin, dass einmal, wenn von den sämmtlichen Forderungen keine vor der anderen einen solchen Vorzug geniesst, welcher ihr den Vorrang vor anderen in der Befriedigung sichert (s. nachher), oder alle ein Vorzugsrecht gleicher Art und Stärke haben, eine gleichmässige Vertheilung des Vermögens unter ihnen Statt findet, also alle nur verhältnissmässig, d. h. nach Prozenten des vollen Betrags für jetzt befriedigt werden können, und der Ueberrest einer jeden stehen bleibt, wenn hingegen solche mit Vorzugsrechten darunter sind, welche wieder unter einander von verschiedener Stärke sein können, diese den übrigen in der Befriedigung vorgehen, während die anderen eine solche nur zum Theil erhalten, oder leer ausgehen; — und dass andererseits der Weg und die Form, in welcher die Gläubiger dazu gelangen, diese Ordnung und Vertheilung hergestellt zu sehen, in einer eigenthümlichen gerichtlichen Prozedur, dem Konkursprozess, gegeben ist, welche die Ermittelung der sämmtlichen Ansprüche nebeneinander und die Maasregeln in Betreff der zu ihrer Deckung vorhandenen Vermögensmasse des Schuldners in sich begreift, während sonst jeder unabhängig vom anderen in gesondertem Verfahren zu verfolgen wäre. Ein Gesammtverfahren von dieser Art ist aber für den vorausgesetzten Fall nicht nur überaus zweckmässig, sondern zur Erreichung des durch die Vorzugsrechte einzelner Forderungen beabsichtigten Zwecks auch nothwendig, wenn nicht deren Verwirklichung dem Zufall Preis gegeben werden soll. Dasselbe hat in Deutschland eine sehr umfangreiche Ausbildung gewonnen, und nimmt unter den sog. ausserordentlichen Prozessarten einen bedeutenden Platz ein [2]. Es steht damit auch nothwendig eine Zahl nicht nur das Verfahren betreffender, sondern materiellrechtlicher Sätze in Verbindung, für deren Anwendbarkeit rücksichtlich des Anfangs dann der Akt und der Augenblick der Eröffnung des Konkursprozesses von beson-

[1] Dies versteht sich von selbst, s. übrigens c. 3. *de Bonis auct. jud.* fr. 25. §. 7. *Quae in fraud.* und vgl. 91. II. B. u. das. Anm. [36].

[2] Vergl. darüber Bayer Theorie des Konkursproz. S. 8 ff. — 56. Dass der Konkursprozess nicht in die Disciplin des Civilrechts gehöre, sondern doktrinell abgesondert werden müsse, darüber ist kein Zweifel; allein in viele Bücher über das letztere wird eine mehr oder minder ausführliche Uebersicht desselben mit aufgenommen. Dieses ist methodisch unrichtig, von dem Verfahren selbst, welches noch dazu überall eine äusserst mannigfaltige partikulare Gestaltung angenommen hat, gehört hierher ausser einer Andeutung über seine Eigenthümlichkeit gar nichts. Aber auch die dadurch begründeten eigenthümlichen materiellen Rechtssätze müssen nach m. E. gänzlich der Lehre vom Konkursprozess überwiesen werden, denn sie lassen sich ohne stete Bezugnahme und Einmischung der prozessualischen entweder nicht verstehen, oder es wird daraus ein principienloses Stückwerk.

derer Bedeutung ist; namentlich anlangend den Verlust der Befugniss des Gemeinschuldners, über sein bisheriges Vermögen ferner zu verfügen, seine Vertretung in dieser Hinsicht durch Gerichtswegen aufzustellende Kuratoren der Verwaltung der Vermögensmasse und ihrer Feststellung, und der Führung der Prozesse der einzelnen Gläubiger, welche zur Feststellung der Ansprüche derselben, ihrer Existenz, ihrem Rang in der Befriedigung gegenüber der anderer, wie ihrem Betrag nach nöthig werden (Contradictor), und die Nothwendigkeit für die Gläubiger, an diesem Verfahren Theil zu nehmen, wenn sie aus der jetzigen Vermögensmasse ihres Schuldners überhaupt einige Befriedigung erwarten, und nicht bei deren Vertheilung leer ausgehen wollen. Aber auch diese müssen als der gesammten Lehre vom Konkursprozess angehörig in denselben verwiesen werden, so dass hier nur die Grundsätze anzugeben sind, nach welchen der Rang der verschiedenartigen Forderungen bei Befriedigung derselben aus der Konkursmasse des Schuldners geordnet wird. Hierzu bedarf es nur noch zweier Vorbemerkungen, erstens: da eine reine Aktivmasse nur nach Abzug aller sie selbst angehenden Passiva verstanden werden kann, so versteht sich, dass diejenigen Schulden, Ausgaben und Kosten, welche wegen Verwaltung der Konkursmasse, und um das Vermögen des Gemeinschuldners zur Vertheilung flüssig zu machen, von deren Curator unter ausdrücklicher oder stillschweigender Autorisation des Konkursgerichts und Zustimmung der Gläubiger gemacht worden sind, gleich den eigentlichen Konkursprozesskosten vor derselben vorweg abgezogen und berichtigt werden müssen, und mit den dazu angemeldeten Schulden des Gemeinschuldners in keine Kollision kommen können. Zweitens: der deutsche Konkursprozess ist von einem universellen Charakter in sofern, als die vorhergedachte Nothwendigkeit alle Gläubiger trifft[3]; es können also auch diejenigen, denen Pfandrechte bestellt sind, sich derselben nicht entziehen, und nur den Faustpfandgläubigern muss, wenn freilich auch sie ihre Forderungen zum Konkursprozess melden müssen, gemeinrechtlich das, freilich partikularrechtlich meist ebenfalls wieder eingeschränkte, Recht eingeräumt werden, sich an ihre Pfänder zu halten, indem die Kuratel der Konkursmasse wider sie keine andere Rechte hat, als die, welche den daran Theil nehmenden Gläubigern wider jene zustanden[4]. Unter Umständen leidet aber die Universalität eine Modifikation dahin, dass eine Konkursmasse sich in verschiedene Abtheilungen trennt, in deren jede gewisse Vermögenstheile gehören, (Separat-, Partikular- oder Spezialkonkurs) zu denen die sämmtlichen Gläubiger theils in solcher Beziehung stehen können, dass sie sich zu den Separatmassen, unter denen dann auch eine umfassendere Hauptmasse sein kann, als besondere Gläubigerschaft gruppiren, theils, und beziehungsweise auch diejenigen, welche keine vollständige Befriedigung dort gefunden haben, oder zu finden hoffen können, in solcher, dass sie in Ermangelung einer besonderen Beziehung der Art bei allen Separatmassen, beziehungsweise bei der Hauptmasse konkurriren[5].

[3] Vergl. Bayer a. a. O. S. 66 ff.

[4] S. §. 80. Anm.[2].

[5] Der civilrechtliche Hauptfall ist der des *beneficium separationis* nach Dig. XLII. 6., worüber das Weitere im Erbrecht. Nächstdem der des fr. 5. §. 15. 16. *de Tribut. act.* s. darüber §. 102. bei Anm. [118] ff. [124]. Ein ähnlicher wird von Manchen rücksichtlich des Schuldenwesens eines *fil. famil.* bei einem *peculium castrense* behauptet, aber mit Unrecht, nur eine Rangordnung der Gläubiger des *fil. fam.* ist in der bezüglichen Stelle fr. 1. §. 9. *de Separat.* angeordnet, s. Fritz im Archiv Bd. XII. 328 ff. und vergl. Bayer S. 67 f. und Unterholzner Bd. I. S. 390. II. Das *jus separationis* solcher Pfandgläubiger endlich, welche ihr Recht schon von einem anderen Verpfänder als dem jetzigen Gemeinschuldner ableiten, ist nur auf den Rang

Die Vorzugsrechte nun, welche den damit versehenen Forderungen vor anderen und zu deren Nachtheil zur Befriedigung verhelfen, zerfallen in zwei Klassen. Die erste von diesen findet ihren nothwendigen Grund in der Natur des Pfandrechts, welches, ursprünglich und ausser dem heutigen Konkursprozess gedacht, eigentlich mit dem Begriff eines Vorzugsrechts nicht in Vergleich zu stellen ist, sondern seinen eigenthümlichen Charakter an sich trägt, durch die, auch die mit Pfandrechten versehene Forderungen umfassende, Universalität des deutschen Konkursprozesses aber, sobald ein solcher eröffnet worden, nur noch den Charakter eines blossen Vorzugsrechts für die Forderung behält. Die zweite Klasse umfasst lauter Rechtsbegünstigungen, für deren einige zwar ein gewisses Billigkeitsgefühl zu sprechen scheint, welche aber übrigens sammt und sonders nur willkührliche Aeusserungen der Rechtserzeugung sind [6]. Die Einräumung eines solchen Vorzugs durch Willkühr der Betheiligten kennt das Recht nicht.

A. Die Pfandrechte; diese decken die Forderung vorzugsweise natürlich nur so weit, als der Erlös aus dem Pfand reicht, so dass der Gläubiger mit dem daraus nicht befriedigten Ueberrest nur unter den übrigen einfachen, oder sog. chirographarischen Gläubigern seine Stelle einnimmt; wenn jedoch das Pfandrecht ein allgemeines am ganzen Vermögen des Schuldners ist, so kann dieser Fall nicht eintreten, sondern es kommt dann vor voller Befriedigung der mit solchem Pfandrecht versehenen Gläubiger kein anderer zu einer Theilnahme. Dass und wie die einzelnen, zum Theil wiederum noch im Besonderen unter einander bevorzugten Pfandrechte der Stärke nach zu ordnen sind, ist in §. 80. IV. enthalten. Die Pfandrechte sichern den Vorrang in der Befriedigung vor den mit einem Vorrecht der folgenden zweiten Klasse versehenen Forderungen, ohne dass etwa auf das Alter der Forderung etwas ankäme [7], mit Ausnahme einiger dort unter II. b) gestellten, welche sich eines absoluten Vorzugsrecht erfreuen.

B. Die sog. chirographarischen Forderungen (möge nun darüber eine Handschrift des Schuldners existiren oder nicht) stehen als solche einander im Rang ganz gleich, ohne dass etwa die ältere der jüngeren vorginge [8]. Dagegen aber sind theils die Forderungen mehrerer Gläubiger, und zwar in ihrer ganzen Ausdehnung, also mit den Nebenforderungen, vermöge einer für dieselben bestehenden Rechtsbegünstigung ohne weiteren Unterschied, theils die Forderungen in Betreff gewisser Leistungen dergestalt mit Vorzugsrechten (*privilegia exigendi* [8b], personarum, caussae) ausgerüstet, dass sie allen übrigen chirographarischen Forderungen ohne Unterschied

der Pfandrechte von Einfluss, s. §. 80. III. Ausserdem ist die Separation begründet für Lehn und Allodium, und die zu diesem und jenem konkurrirenden Gläubiger; sie kommt ferner — aber dem gemeinrechtlichen Grundsatz der Universalität zuwider, — vor, wenn verschiedene Vermögenstheile, besonders Grundstücke in verschiedenen Ländern liegen, und wenn an verschiedenen Orten Handelsetablissements des Gemeinschuldners bestehen, vgl. Bayer a. a. O., wobei sich partikularrechtliche Justizverwaltungspolitik, oder Bevorrechtung inländischer Unterthanen geltend zu machen pflegt; nur können auch dann ausländische Gläubiger nicht von der inländischen Separatmasse abgewiesen werden.

[6] Die *privilegia exigendi* haben wahrscheinlich einen gleichen Ursprung mit den gesetzlichen Pfandrechten; viele der letzteren sind erweislich aus solchen entstanden; für manche Forderungen finden sich noch beide nebeneinander; s. Nr. II. im Text. Vergl. darüber Sintenis Pfandr. S. 27 f. und Glück XVIII. S. 394 ff.

[7] C. 9. *Qui potiores.*

[8] C. 6. *de Bonis auct. jud. poss.* fr. 32. *de Reb. auct. jud.*

[8b] Auch *privileg. inter personales actiones*, s. z. B. fr. 74. *de J. D.* oder meist *privil.* ohne weiteren Beisatz; s. fr. 25. *de R. C.* fr. 1. *de Cess. bonor.* fr. 17. 19. 22. 24. §. 1. fr. 26. 34. *de Reb. auct. jud.* fr. 74. *de J. D.*

vorgehen, den hypothekarischen zwar im Allgemeinen nicht, dagegen aber sind einige nachher unter b) genannte Privilegia caussae so bevorzugt, dass kein Pfandgläubiger ohne Ausnahme zur Befriedigung gelangt, bevor nicht diesen privilegirten Forderungen genügt ist; hiernächst bestehen für manche Forderungen Pfandrecht und Vorzugsrecht neben einander, dann äussert das letztere in sofern Wirkung, als das erstere nur ein besonderes ist, jenes also darüber hinaus sich auf das gesammte Vermögen des Schuldners erstreckt, übrigens fallen beide zusammen, oder das letztere in das Pfandrecht hinein, ohne dass etwa dieses dadurch eine grössere Stärke erhält[9].

a. *Privilegia exigendi* (personarum) für ihre sämmtlichen Forderungen haben folgende Personen, und zwar so, dass jene von diesen nicht getrennt und anderen Gläubigern mit der Forderung abgetreten werden, oder sonst auf sie übergehen können:

1) der Fiskus[10]; 2) der Regent und seine Gemahlin und der Thronfolger[11]; 3) die Städte[12]; 4) die Kirchen[13]; 5) die Ehefrauen, auch die vermeintlichen und die Bräute, wegen ihrer Mitgiftsforderungen[14]; 6) die bevormundeten Personen an dem Vermögen ihrer Vormünder oder Protutoren und Kuratoren wegen der Forderungen aus der Vormundschaftsverwaltung[15], ingleichen an dem Vermögen der Personen, welche dabei als freiwillige Geschäftsbesorger aufgetreten sind[16].

b. Privilegia caussae, welche der Forderung selbst ankleben und mit ihr auf jeden Inhaber übergehen, auch auf den, wer zu ihrer Bezahlung dem Schuldner kreditirt[17], bestehen für folgende Forderungen:

1) für die wegen der Kosten des Begräbnisses des verstorbenen Schuldners, und zwar nach Maasgabe der Bestimmungen der *a. funeraria*[18], oder derjenigen Personen, zu deren Leichenbestattung derselbe verpflichtet ist[19], ingleichen für die

[9] Vergl. Glück a. a. O. S. 397 und s. z. B. 1) Anm. [10]; 2) Anm. [11]; 3) Anm. [14]; 4) Anm. [15]; 5) Anm. [22].

[10] Fr. 10. pr. *de Pactis*, fr. 34. *de Reb. auct. jud.* fr. 6. pr. *de J. F.* Derselbe hat auch ein gesetzliches Pfandr. s. §. 72. A. b) 1).

[11] Fr. 6. §. 1. *d.* auch diese haben ein solches Pfandr. s. ebendas. 2). Die Beziehung auf den Thronfolger rechtfertigt sich durch den Ausdruck *Caesar.* s. Glück Komm. Bd. XIX. S. 69. A. M. Buchholtz a. a. O. S. 296.

[12] Fr. 38. §. 1. *de Reb. auct. jud.* Buchholtz in d. angef. Rec. in d. Lpzgr. Jahrb. 1848. S. 296. widerspricht mit Bezug auf fr. 10. §. 1. *Ad municipal.*, allein diese Stelle ist vom stillschweigenden Pf.-R. zu verstehen, s. *Petr. Vanderan. de privil. cred.* c. 10. (*Thes. Meerm.* II. 705.) So mögten auch alle Neuere diese Stelle auffassen, welche sie übrigens mit Schweigen übergehen, wie Puchta, Vangerow u. A. Vergl. zur Interpret. d. betr. Stellen noch fr. 37. *de Reb. auct. jud.*

[13] Die Ausdehnung des *priv. exig.* auf die Kirchen hat eine konstante Praxis für sich.

[14] C. un. *de Privileg. dotis*, fr. 22. §. 13. *Soluto matrim.* fr. 17. §. 1. fr. 19. pr. *de Reb. auct. jud.* Hieraus ist das gesetzliche Pfandr. entstanden, s. Sintenis a. a. O. S. 316. Die Frage vom Uebergang dieses Vorzugsrechts auf die Erben (Kinder) der Frau, welche Manche nach Analogie des Pf.-R. bejahen, erledigt sich durch dieses selbst völlig.

[15] Fr. 19. §. 1. — 22. pr. 24. pr. *de Reb. auct. jud.* Die Kuratoren *bonorum*, *absentium* und *hereditatum* haften nicht so, §. 1. *eod.*, wenn solche Ansprüche gegen die Obervormundschaftsbehörde geltend gemacht werden, fällt nach fr. 1. §. 14. *de Magistr. conv.* das Privilegium weg. Wegen des Pf.-R. der Bevormundeten s. Sintenis a. a. O. S. 336.

[16] Fr. 23. *eod.*

[17] Fr. 2. *de Cess. bonor.* fr. 24. §. 3. *de Reb. auct. jud.*, nach der letzteren Stelle ist nur das *pervenisse pecun. ad creditor. privil.* erforderlich, und zwar wenn nur *per debitoris personam*, — *si modo non post aliquid intervallum.*

[18] Fr. 45. *de Religios.* vgl. Fritz Erl. S. 154. S. noch Glück Komm. Bd. XI. S. 433.

[19] Fr. 17. pr. *de Reb. auct. jud.*

Kosten der letzten Krankheit des Schuldners, woran er gestorben ist, an Arzt und Apotheker[20]. 2) Für das rückständige Gesindelohn[21]. 3) Für Gelddarlehne zum Wiederaufbau eines Hauses[22]. 4) Für die Forderung eines Socius, welcher die Ausbesserung eines gemeinschaftlichen Hauses auf eigne Kosten vorgenommen hat, auf Ersatz des Antheils, welchen ihm der oder die Theilhaber daran schulden[23]. 5) Für die Forderungen, welche zur Erwerbung, Erbauung und Ausrüstung eines Schiffs kontrahirt werden, ingleichen für die aus dem Verkauf eines solchen[24].

Unter diesen sämmtlichen Privilegien gehen das wegen der Begräbniss-[25] und Krankheitskosten des verstorbenen Schuldners[26], das wegen des Gesindelohns[27] und wegen öffentlicher Abgaben[28], unter sich übrigens mit Ausnahme der Begräbnisskosten, welche den anderen Forderungen unbedingt vorgezogen werden, in gleichem Rang[29], allen übrigen ohne Ausnahme, auch sämmtlichen, selbst den bevorzugten Pfandrechten vor[30]. Die Wirksamkeit der übrigen ist einander soweit

[20] Diese Ausdehnung des *privileg. exig.* ist durch eine ganz konstante Praxis festgehalten, s. Anm. [30].

[21] Von dieser gilt dasselbe, wie von der vor. Anm. s. Anm. [30].

[22] Fr. 24. §. 1. *de Reb. auct. jud.* fr. 1. *de Cess. bonor.* Wegen des Pfands in diesem Fall s. §. 72. A. a. 3); es gilt für die Anwendbarkeit des Vorzugsrechts im Einzelnen dasselbe, wie für das Pf.-R. vergl. Sintenis Pf.-R., S. 298. Die öfters geschehenen Ausdehnungen auf Vorschüsse zu Neubauten oder rückstellige Kaufgelder, und selbst auf die von Grundstücken, ist nicht zu rechtfertigen; eher die auf den zur Erhaltung eines Gebäudes nöthig gewordenen Aufwand; s. Unterholzner a. a. O. S. 391 f.

[23] Fr. 52. §. 10. *Pro socio.*

[24] Fr. 26. 34. *de Reb. auct. jud.*

[25] In fr. 45. *de Religios.* heisst es, dass dieses Vorrecht *omne debitum solet praecedere;* es liegt kein Grund vor, dieses nicht in der Ausdehnung der in Anm. [19] cit. Stelle zu verstehen.

[26] u. [27] Der besondere Vorzug dieser Forderungen beruht ebenfalls nur auf der Praxis; s. Anm. [30].

[28] In fr. 34. *de Reb. auctor. jud.* ist dem Fiskus im Allgemeinen ein einer anderen privilegirten Forderung vorgehender Rang eingeräumt, während diese den übrigen im Allgemeinen nicht nachsteht, und in Pauli S. R. Lib. V. 12. §. 10. ist er direkt anerkannt; der absolute Vorzug aber wegen der öffentlichen Abgaben ist durch die Praxis festgestellt, s. Anm. [30].

[29] Diese Gleichheit muss in Ermangelung einer anderen, m. W. auch nicht einer durch die Praxis festgestellten, Bestimmung für die vor anderen bevorrechteten chirogr. Forderungen angenommen werden.

[30] Sie werden daher auch absolute Privilegien genannt. Gleichgestellt werden den obigen Forderungen öfters noch die wegen rückständigen Kanons und Laudemiums von Emphyteusen und Superficies. Allerdings geht der rückständige Betrag des Kanon oder Bodenzinses allen Pfandgläubigern vor, nämlich weil ein Grundstück, worauf Abgaben der Art haften, nur unbeschadet derselben überhaupt veräussert und verpfändet, und also auch nur dergestalt Gegenstand der Hülfsvollstreckung für einen anderen Gläubiger werden kann, allein darum entsteht doch kein *privileg. exig.* des Grundherrn, welches sich auf das andere Vermögen des Emphyteuta u. s. w. erstreckt. Wenn also ein solcher bei Konkursen freilich vor allen übrigen befriedigt werden muss, so ist doch dieses mehr eine Ausscheidung des Ertrags eines Kapitals, welches dem Gemeinschuldner nicht gehört, aus der Masse; er ist nicht eigentlich Gläubiger der Person des Schuldners, sondern hält sich an das Grundstück und seine Inhaber. Daher müssen ja dergleichen auch im Lauf des Konkursprozesses bezahlt werden, so dass die Masse als Schuldner erscheint. Wenn das so genau bei Konkursprozessen nicht zur Sprache zu kommen pflegt, so ist der natürliche Grund der, dass, wo ein solches Grundstück zum Massebestand gehört, dieser mindestens so stark sein wird, dass die im Vergleich zu ihm ganz unbedeutenden Abgaben gleich anderen absolut privilegirten Forderungen allemal gedeckt werden können, und unter ihnen selbst also ein Rangstreit gar nicht zur Sprache kommt. Das Laudemium hingegen ist zwar als eine wirkliche Schuld zu betrachten (s. §. 55. Anm. [22]), allein die Annahme eines Vorzugsrechts dafür wird sich gemeinrechtlich nirgends rechtfertigen lassen. — Die Uebereinstimmung der Praxis für die ob-

gleich, dass nur das Privilegium des Fiskus wegen seiner sonstigen Forderungen den anderen vorgeht[31].

Es ist endlich noch zu bemerken, dass die Strafforderungen, wozu auch die des Fiskus gehören, allen reipersekutorischen (s. §. 29. II. b.) nachstehen[32]; von denjenigen Forderungen, welche der verstorbene Schuldner erst durch letztwillige Verordnungen begründet hat, versteht sich das von selbst, indem von der aktiven Nachlassmasse erst nach Vorabzug aller Schulden gesprochen werden kann[33].

Es bedarf der Bemerkung nicht weiter, dass das *privilegium exigendi* nur mit der Forderung zusammen geltend gemacht werden kann[33b], und zwar im heutigen

genannten Vorrechte gegen den Inhalt der c. 9. *Qui potiores* mag aus verschiedenen Gründen entsprungen sein; das erste, wegen der Begräbnisskosten wird wohl mit auf Misverständniss einiger römischen Stellen in Bezug darauf (c. 22. §. 9. *de Jure delib.* fr. 14. §. 1. fr. 26. *de Religios.*) beruhen, s. Fritz Erl. S. 154 f. Vangerow a. a. O. S. 229. 233. Vergl. darüber Pufendorff Animadvers. 106. Schweppe Konkursproz. §. 68. Das Vorzugsrecht des Fiskus wegen der Abgaben hat wenigstens, soweit es Grundabgaben sind, einen sehr triftigen Grund in seiner eigentlichen Natur einer wirklichen dinglichen Belastung, vergl. Sintenis Pf.-R. S. 310. 629. 640. 646. Zu der allgemeinen Ausdehnung des *privileg. exig.* mag der Schlusssatz der c. 1. *Si propter publ. pens.* Veranlassung gegeben haben. Vgl. Strube rechtl. Bed. IV. Nr. 165., der auch die städtischen Abgaben hierher rechnet, und Schweppe a. a. O. S. 118 f. Wenn übrigens in Konkursen gewöhnlich nicht zwischen den rückständig gewesenen und erst im Lauf desselben erwachsenen fiskalischen Abgaben unterschieden wird, von denen nur die ersteren das *privileg.* geniessen, so erklärt sich dies davon, dass die letzteren als *creditum creditorum* noch mehr bevorzugt sind. Vergl. Vangerow S. 229 f. Ueber das Vorrecht wegen der letzten Krankheitskosten des verstorbenen Schuldners s. Pufendorff animadvers. 107. *Hassentien de privileg. medicor. in concursu.* Jen. 1774., welche übrigens auch die Kurkosten des von der letzten Krankheit (vor Ausbruch des Konkurses) kurirten Schuldners hierher rechnen, wofür mir aus der Erfahrung jedoch kein Fall erinnerlich ist, obwohl für das Eine soviel sprechen mögte, wie für das Andere. S. noch Nettelbladt's Rechtssprüche Bd. III. S. 113. Ueber das Vorrecht des Gesindelohns endlich s. *de Winkler Opusc. min.* Vol. II. P. 2. n. 12. *Pufendorff obs.* Vol. I. 104. 205. Bülow und Hagemann Erörter. Bd. I. S. 339. Quistorp Bemerk. 107. Reinhardt verm. Aufs. 2. H. S. 43. Es darf aber nicht durch Kreditirung novirt sein, s. Gebr. Overbeck Meditat. über versch. R.-Materien, Bd. VIII. S. 28. — Vergl. überh. Dabelow Konkurs S. 596 ff. Reinhardt's Lehre vom Gant, §. 82.

31 S. Anm. 28. Fr. 7. §. 2. *Depos.*, welches nach R. R. noch ein Vorzugsrecht enthält, ist antiquirt; ebenso fr. 24. §. 2. *de Reb. auct. jud.* Vergl. darüber Vangerow S. 236 ff. Der Versuch Neustetel's, röm. rechtl. Erört. S. 40., dem Fritz S. 160. folgt, ihnen Anwendbarkeit zu erkünsteln, muss ich für völlig verfehlt erachten. Lediglich hierauf fusst die Praxis, welche der *a. depositi directa*, wenn Geld deponirt worden, oder gar unbedingt, ebenfalls ein *privil. exig.* beilegt, welche weder zu rechtfertigen ist, noch für eine nur einigermaassen verbreitete gehalten werden kann. (Unterholzner a. a. O. S. 391. nennt sie zwar eine häufige, ich muss aber bestreiten, dass sich auch nur das wird beweisen lassen.)

32 Fr. 17. 37. *de J. F.* c. un. *Poenis fiscal.* Ueber das Verhältniss der mittleren Stelle zu den beiden anderen s. Fritz S. 155 f. Ein grosser Irrthum ist es, die Forderungen der Privaten aus Delikten den einfachen Forderungen anderen Ursprungs nachzusetzen.

33 Fr. 17. *de Mortis cssa. donat.* fr. 4. §. 1. fr. 6. pr. *de Separat.* Ein Legat u. s. w. ist also für diesen Fall eigentlich so gut, wie nicht angeordnet. Dass die Legatarien u. s. w. anderen Gläubigern wirklich nachstehen, erscheint einmal in der Anwendung, wenn der Nachlass Anfangs solvent war, und erst später insolvent wird, und sodann, wenn nach Nov. 1. c. 2. §. 1. der Erbe *ultra vires hereditatis* haftet; alsdann nämlich sind die Legate nicht von selbst ungültig, aber sie stehen gegen andere Gläubiger zurück.

33b Die in fr. 52. in f. *de Peculio* vorkommende *a. privilegii* ist nur die Klage aus der Forderung.

Recht nur im Konkursprozess, oder doch nur bei einem analogen Verfahren wegen Ueberschuldung einer Vermögensmasse. Ein unmittelbarer Angriff dazu gehöriger Sachen und Theile ist dadurch nicht möglich, auch wenn sich der Gläubiger in deren Besitz befände, sondern dies könnte nur vermöge eines konkurrirenden Retentionsrechts geschehen, welches jedoch diesen von der Nothwendigkeit, sich in den Konkursprozess mit einzulassen, nicht befreien kann. In diesem aber muss, wenn er zur Ablieferung der Sache genöthigt werden soll, eine Vereinigung der verschiedenen Rechte allerdings dahin geschehen, dass der Gläubiger, welcher, sei es neben oder ohne ein Vorzugsrecht, ein Retentionsrecht hatte, vor allen chirographarischen, auch den bevorrechteten Gläubigern ohne Unterschied, aus dem Erlös des retinirten Gegenstands befriedigt wird; es wäre denn, dass derselbe, woran es wegen bestehender allgemeiner Pfandrechte nicht leicht fehlen wird, zugleich für pfandrechtliche Forderungen haftete und also kraft eines Pfandrechts als abgefordert erschiene, wo dann mit der rechtlichen Möglichkeit des Widerstands auch aller und jeder Vorzug der Forderung des Retinenten wegen des ihm früher zugestandenen Innehabens erlöschen müsste[34].

[34] Zu der Entscheidung im Text bestimmt mich folgende Erwägung. Nach reinem R. R. können die chirographarischen Gläubiger, durch *missio in bona* an die Stelle des Gemeinschuldners getreten, auch mit dem stärksten *privileg. exig.* dem Retinenten die *res retenta* nicht abfordern, ohne sich seiner *exc. doli* auszusetzen; denn das prätorische Pfandrecht durch die *missio* hob erst mit der Gelangung in den Besitz an, vergl. Sintenis Pf.-R. S. 348. 401.; er war also in einer vortheilhafteren Lage als diese, wenn er freilich auch sich nicht unmittelbar oder mittelbar daraus bezahlt machen konnte. Den Pfandgläubigern gegenüber kam hingegen das R. R. in keinen Betracht. Für den heutigen Konkursprozess entsteht nun, vorausgesetzt, dass keine Gläubiger mit Pfandrechten vorhanden sind, welche den Gegenstand mitumfassen, zuerst die Frage, ob man der diesseits §. 80.[2] und §. 91.[92] a. E. angenommenen Meinung über die Nothwendigkeit zur Herausgabe der retinirten Sachen folgen will, oder der, welche dieselbe vermöge der attraktiven Eigenschaft des deutschen Konkursprozesses — welche aber eigentlich eine *petitio principii* ist, — anerkennt. Die letztere ist in die Partikularrechte vorherrschend und wohl ziemlich allgemein übergegangen; deshalb muss auf sie besondere Rücksicht genommen werden. Für die erste erledigt sich die weitere Frage; es ist wesentlich noch so, wie nach reinem R. R. Wo nun aber auch die letztere Gesetzeskraft erhalten hat, hat die Nothwendigkeit zur Herausgabe für den Retinenten doch immer nur einen rein formellen Grund, während sich in materiell-rechtlicher Hinsicht nichts ändert; denn man kann doch nicht behaupten, dass des Retinenten *exc. doli* durch die Eigenthümlichkeit dieser Prozessart aufgehoben oder erledigt werde. Soll daher der ihn hierdurch treffende Rechtsnachtheil wieder ausgeglichen werden, so giebt es kein anderes Mittel dazu, als nun auch den Erlös aus der Sache zuvörderst zur Befriedigung seiner Forderung zu verwenden, deren Konnexität mit der Sache ja nicht erloschen ist. Wenn freilich Pfandgläubiger der gedachten Art vorhanden sind, so wird in der Abforderung der Sache von Seiten des Konkurskurators ein solches Pf.-R. mit geltend gemacht erscheinen, und dann geschieht die Ablieferung vermöge einer wahren rechtlichen Nothwendigkeit, welche denn auch die Voraussetzung zur Erhaltung des Ret.-R. ebenso völlig aufhebt, wie von einer Ausgleichung deshalb durch Zuweisung eines anderweiten Vortheils die Rede nicht sein kann. S. jedoch hier noch §. 91. Anm. [82] a. E. Da nun heutzutage ein Konkurs nicht leicht vorkommen wird, in welchem gar keine Forderung mit einer Generalhypothek liquidirt wäre, so ist die Voraussetzung des Falls, wo das Ret.-R. ein Vorzugsrecht gewähren kann, um ebenso viel seltener geworden. — Es sind noch zwei Fälle übrig, welche um der Erschöpfung des Gegenstands willen nicht übergangen werden dürfen. Ist nämlich im ersten Fall, also wenn gar keine Pfandgläubiger vorhanden sind, der retinirende Gläubiger genöthigt, seine Forderung bei der Konkursmasse anzumelden? Diese Frage wird nothwendig zu bejahen sein, daneben aber würde (nach m. A.) das Ret.-R. unversehrt fortbestehen, so dass der Retinent nur gegen Empfang des Werths der Sache oder

II. Ein Mangel der Möglichkeit sofortiger Erfüllung einer schuldigen Leistung kann durch ein Zusammentreffen mehrerer solcher Leistungen eintreten, welche nur nacheinander ausgeführt werden können, oder die einen Gegenstand betreffen, welcher (für jetzt) nur einmal geleistet werden kann. Die Nothwendigkeit bringt es hier für den ersten Fall mit sich, dass nur der eine Gläubiger zuerst befriedigt werden kann. Hieraus folgt aber nicht, dass der Andere zum Warten verpflichtet sei, sondern es steht diesem frei, die Folgen der Nichterfüllung, oder der nicht rechtzeitigen, und die des Verzugs gewöhnlichermaassen geltend zu machen [35]. Für den zweiten Fall tritt eine andere Nothwendigkeit ein, nämlich die, dass nur Einer den Gegenstand bekommen kann, damit ist aber das Recht des Anderen nicht aufgehoben, sondern dieser kann nun den Werth und das Interesse fordern [36].

seiner Forderung, wenn er diese übersteigt, sie herauszugeben hat. Wie nun ferner, wenn absolut bevorzugte Forderungen angemeldet sind? Es ist nirgends gesagt, dass diesen das Ret.-R. weichen müsste, auch sie können ja, wie gedacht, nach R. R. nie mit ihm in Konflikt gerathen. Immer also ist es ausschliesslich die Nothwendigkeit der Herausgabe wegen eines kollidirenden Pf.-R., welche allein das Ret.-R. brechen kann, dann aber auch ihm alle Kraft nimmt. So ist denn nun zwar das Resultat möglich, dass die absolut privilegirten Forderungen, wenn pfandrechtliche konkurriren und dadurch das Ret.-R. mit aller Wirksamkeit beseitigt wird, sogar vor diesen befriedigt werden, und wenn nicht, einem blossen Ret.-R. den Vorzug einräumen müssen, allein dieses allerdings zufällige Ereigniss ist die nothwendige Voraussetzung für die Fortexistenz des Ret.-R., und mithin jene Folge nicht befremdlich.

35 In fr. 26. *Locati* ist für *operas simul duobus locatas* gesagt, *convenit priori conductori prius satisfieri*. Dies wird häufig für Leistungen aller Art generalisirt, ja sogar auf den obigen zweiten Fall ausgedehnt, s. z. B. Göschen Vorles. Bd. II. Abth. 2. S. 150 f. Unterholzner S. 395. Ich kann nicht nur zu irgend einer Ausdehnung der Art keinen Grund entdecken, sondern muss dem Satz allen praktischen Werth absprechen. Wie nämlich die Anwendung desselben schon im röm. Prozess ausgefallen sein solle, kann ich mir nicht klar machen. Gesetzt aber, es würde eine Verurtheilung danach vom älteren Gläubiger herbeigeführt und der Schuldner kommt ihr nicht nach, so würde jener immer nur das Interesse fordern können. Gegen den zweiten also nur liesse sich nun etwa annehmen, würde die praktische Folge die sein, dass er, als Kläger gedacht, nicht ein Interesse unter Rücksicht darauf, dass nicht ihm zuerst, oder sogleich, oder zur versprochenen Zeit geleistet worden sei, berechnen könne, nämlich weil der frühere ein Vorrecht auf die erste Befriedigung habe, sondern nur mit der Beschränkung, wenn soviel Zeit verstrichen, als zur Leistung an den ersten erforderlich ist. Allein das ist in der Stelle nicht gesagt und lässt sich auch nicht schlussweise daraus mit Sicherheit annehmen. Zu allem dem kommt noch, dass *simul*, wie schon die Glosse bemerkt, wenn es mit *prior* nicht in offenen Widerspruch gerathen soll, nur von *operis eodem tempore praestandis* verstanden werden kann; wie nun, wenn diese so an die Zeit gebunden sind, dass eine spätere *satisfactio* gar nicht möglich ist? Ich folgere aus diesen Betrachtungen, dass es mit der Stelle in ihrem ursprünglichen Zusammenhang eine ganz besondere Bewandtniss gehabt haben muss, und halte es für unmöglich, ihr eine praktische Seite, so wenig für das römische, wie für das heutige Recht abzugewinnen. — Ein nicht minder unerweislicher und ganz irriger Satz ist der von den beiden gen. Rechtsgelehrten anderweit aufgestellte, unter mehreren gleich alten Ansprüchen habe der den Vorzug, welcher zuerst eingeklagt werde; er wird auf die in der folg. Anm. gen. Stelle gestützt.

36 Wer von den mehreren Gläubigern den Gegenstand selbst erlangen werde, ist ungewiss; es hängt theils davon ab, wer es zuerst zur Verurtheilung bringt, theils, soweit dann die Exekution es nicht erzwingen kann (s. §. 90. z. A.), wem ihn der Schuldner geben, oder in Betracht wessen er es zur Leistung der *litis aestimatio* und des Interesses kommen lassen will. In fr. 33. in f. *de Leg.* I. ist, wenn Mehreren dieselbe Sache legirt ist, dem, welcher zuerst *litem* kontestirt, die Wahl gegeben, die Sache oder deren Werth zu fordern; hiervon lässt sich keine analoge Anwendung machen, da das Recht aus dem Vermächtniss einer Sache mit gewöhnlichen Obl., die dem hier vorauszu-

ZWEITES KAPITEL.

Entstehung der Obligationen.

§. 95.

Von den Entstehungsgründen der Obligationen überhaupt.

Die Entstehungsgründe der Obligationen sind in ihrem thatsächlichen Bestand äusserst mannigfaltig. Im Ganzen scheiden sich alle in drei Abtheilungen [1]. Die

setzenden Inhalt nach nicht einmal ein *restituere*, sondern erst ein *tradere* bezwecken, nicht in Vergleich gestellt werden kann; dennoch ist es geschehen; s. vor. Anm.

[1] Die Entstehungsgründe der Obl. bieten nach den verschiedenen Abtheilungen derselben überaus wichtige, und namentlich für die erste, mannigfaltige und sehr umfassende gemeinschaftliche Gesichtspunkte dar. Der Umkreis derselben bildet den Gegenstand dieses Kapitels. Dass diese Abtheilungen, wie sie der Text anführt, wirklich existiren, darüber ist im Ganzen kein Streit. Sie lagen auch der in der früheren Doktrin vorkommenden Eintheilung zu Grunde, wenn man die Obl. entweder aus einer oblig. Handlung, oder aus unmittelbarer gesetzlicher Vorschrift entstehen liess, und danach *obl. mediatas* oder *nativas* und *immediatas* oder *dativas* unterschied; doch walteten auch hierbei wieder verschiedene Auffassungen vor, vergl. Unterholzner Bd. I. S. 19 f., welcher sogar der einen nicht abgeneigt scheint. Es spricht gegen sie, dass für beide Klassen dieser Fälle *factum* und rechtliche Vorschrift zusammentreffen. Die beiden ersteren entsprechen nämlich schon den römischen *ex contractu* und *ex delicto* oder *maleficio* mit ihren Anhängen der Quasikontrakte und Quasidelikte, s. §. 2. *I. de Oblig.* coll. *Gai.* III. §. 88. und fr. 1. pr. *de O. & A.* fr. 25. §. 1. *eod.*, ausser welcher aber, wie ebenfalls nicht bezweifelt wird, noch andere Obl. vorhanden sind, die unter keine derselben passen; z. B. die *ad exhibendum a.*, die *de pauperie.* (Dass Modestin's Eintheilung in fr. 52. pr. *de O. & A.* keine systematische, ja nicht einmal eine ganz umfassende sein solle und könne, darüber herrscht auch Einverständniss.) Die Grundlage und Voraussetzung der beiden ersten ist auch in der Natur der Verhältnisse gegeben und also eine nothwendige; die dritte aber nicht minder, da jene beide nicht alle Obligationen umfassen, während sich in ihr kein Grund zu weiteren Abtheilungen findet. Ob nun diese Eintheilung dem System der einzelnen Obl. zu Grunde zu legen sei, oder welche andere, darüber besteht, wenn auch nicht vom historischen und vom historisch-dogmatischen, so doch vom rein dogmatischen Standpunkt aus ein Streit, welcher bisher zu keiner Vereinigung geführt hat, und in Betreff dessen jeder Unbefangene auf die Hoffnung einer solchen verzichten und gleichzeitig eingestehen wird, dass jedes bisher aufgestellte System, auch das eigene, unvermeidlich gewesene Inkonsequenzen oder Mängel an sich trage. Die Mehrzahl der neueren und bedeutendsten Systematiker entscheidet sich für die Zusammenstellung der einzelnen Obl. nach Inhalt und Gegenstand, aber mit vielen Abweichungen unter einander (z. B. Heise, Wening, Seuffert, Mühlenbruch, Puchta). Dagegen spricht das nicht widerlegte Bedenken, dass man sich damit nicht nur ganz von den Quellen entfernt, sondern es wird damit auch vom philosophischen und dogmatischen Standpunkt aus kein wesentliches Resultat erreicht, indem alle dem rechtlichen Willen (des Gläubigers) unterworfenen Handlungen (des Schuldners) immer nur von derselben Seite dem Willen unterworfen sind, und dabei eine Willkühr im Ordnen der Obl. nach Hingeben, Zurückgeben u. s. w. unvermeidlich ist, welche zu Begriffsverwirrungen führen muss; s. Sintenis in d. Ztschrft. Bd. XIX. S. 59. Ferner werden dabei die in den wichtigsten Punkten nach abweichenden Grundsätzen zu beurtheilenden Obl. nur um der äusseren Aehnlichkeit des Gegenstands willen zusammengestellt; s. Pfordten Abhandl. S. 303. Gegen den Versuch von Gans, über röm. Obl.-R. Abh. 1., ein System der Obl. nach den Klagen, und bes. den *str. jur.* und *b. f. a.*, aufzustellen, s. Mühlenbruch Heidelb. Jahrb. von 1821. S. 63 ff. und Pfordten S. 304. Namentlich kann von einer praktischen Brauchbarkeit desselben keine Rede sein. Die älteren Systematiker

grösste und wichtigste Zahl derselben, welche den Hauptträger des privatrechtlichen Vermögensverkehrs ausmacht, findet ihre Entstehung in dem darauf gerichteten Willen der Betheiligten, namentlich in einer Uebereinstimmung des Gläubigers

(z. B. Donellus, Hofacker, Thibaut, Schweppe) folgen mit geringen Abweichungen dem römischen System. Dieses hat nun zwar allerdings zum Theil, namentlich in der Hauptparthie der Kontrakte, eine nur historische Grundlage, nämlich in der Rücksicht auf die Klagbarkeit der Vertragsobl. (s. §. 96. Anm. 2), dennoch ist es nach m. E. möglich, das System des heut. Obl.-R. danach in den Hauptzügen so anzulegen und mit Berücksichtigung einiger im röm. Obl.-R. selbst schon liegender anderer systematisch-entscheidender Momente so auszuführen, dass den an ein solches zu machenden Ansprüchen mehr genügt wird, als mit der anderen Methode. (Vergl. überh. Sintenis S. 60.) Vor Allem nämlich werden durch die Annahme der beiden ersten Abtheilungen, die nicht nur der Entstehung nach, sondern auch übrigens wesentlich verschiedenen Obl. *ex contractu* und *ex delicto* gesondert, indem die Entstehung jener auf einem sie beabsichtigenden Willensact beruht, die dieser aber in der Verletzung eines bestehenden Rechts und dem daraus entspringenden Anspruch auf Ersatz oder Entschädigung; die Zahl jener ist unbeschränkt, die dieser geschlossen. Vergl. Pfordten S. 306. Bei der Einreihung der einzelnen Obligationen in beide Abtheilungen zeigt sich nun aber zunächst, wie Eingangs erwähnt wurde, dass unter sie nicht alle Obl. gestellt werden können, ohne gegen die Begriffe zu verstossen; das R. R. hat daher für beide den Anhang der Quasikontrakte und Quasidelikte geschaffen, aber auch neben den dazu in Inst. III. tit. 27. (28) und IV. tit. 5. aufgeführten fehlt immer noch eine grosse Zahl von Obl. (Vergl. *Schrader Comm. ad Inst.* p. 562. v. *quae non proprie in f.*) In den pr. beider Titel ist ausdrücklich für die hierher gezählten Obl. wechselseitig als Grund dazu geltend gemacht, dass nicht der andere Entstehungsgrund, resp. keiner von beiden für sie vorliege, (*non proprie nasci ex contractu intelliguntur*, *sed tamen quia non ex maleficio substant. capiunt*, *quasi ex contr. nasci videntur*, — ebenso ferner: *quia neque ex maleficio*, *neque ex contractu obligatus est — ideo videtur quasi ex malef. teneri*,) mithin das Kriterium ein negatives und dazu ein so allgemeines, dass es gar keine Dienste leisten kann, indem man danach berechtigt wird, den Inhalt jeder Klasse der anderen einzuverleiben. Und so scheint es, dass auch die Eingangs gedachte dritte Zahl der Obl. in diese Anhänge vertheilt werden kann, ohne dass man eben gegen Konsequenzen verstossen würde. Offenbar ist dies eine Frage, deren Beantwortung mehr von individueller Ansicht abhängt, und worüber der Streit mit eigentlichen Gründen wird unentschieden verlassen werden müssen. Wenn ich aber dieselbe verneine und überhaupt eine dritte Abtheilung annehme, so bestimmen mich dazu, sowie zur Ueberweisung der einzelnen Oblig. in sie folgende Umstände: einmal, dass, wenn man zu den Quasikontrakten und Quasidelikten nur die in den Quellen ausdrücklich aufgezählten rechnet, man wenigstens den Vorgang und die Autorität dieser für sich hat. Ist freilich diese eigentlich nur von historischer Bedeutung, so mögte schon das unter Umständen zu beachten sein, wo man eben auf die logischen Konsequenzen der Begriffe verzichten muss. Man ist nämlich in dem Fall der Wahl zwischen dieser Autorität und der Maasregel, alle Quasikontrakte und Quasidelikte in die dritte Abtheilung mit der in den Quellen ausser jenen noch übrigen Obl. zusammenzustellen. Da nun die zu den ersteren zu zählenden Obl. doch wenigstens entweder eine vertragsähnliche Seite darbieten, oder ihnen ein Rechtsgeschäft zu Grunde liegt, die zu den letzteren gezählten aber eine ausserhalb eines bestehenden Obl.-Verhältnisses geschehene Rechtsverletzung voraussetzen, hierin also ebenfalls eine Aehnlichkeit mit der Hauptmasse der den Klassen der Kontrakte und Delikte angehörigen Obl. hervortritt, so dürfen wohl die Rubriken: Obl. aus Verträgen und ihnen ähnlichen Verhältnissen, und aus verbotenen Handlungen, als angemessen und zweckmässig betrachtet werden. Da nun ferner die der dritten Abtheilung zu überweisenden diese Merkmale nicht an sich tragen, so scheint mir auch hierdurch die Rubrik wie der Inhalt dieser Abtheilung gerechtfertigt. — Neben die vorher in ihrem Princip angedeuteten Obl.-Systeme hat neuerlich Pfordten a. a. O. S. 304 ff. ein solches gestellt, mit dem das meinige mehr, wie mit einem anderen übereinstimmt. Er scheint jedoch neben den beiden Hauptabtheilungen der Kontrakte

und des Schuldners. Die Erklärung des Willens ist ein Rechtsgeschäft, und zwar fallen die Uebereinstimmungen unter den Begriff der Verträge (s. §. 19. I.) oder Kontrakte, welche unter dieser ersten Abtheilung den wichtigsten Platz einnehmen. Daneben giebt es nämlich noch eine Anzahl anderer Verhältnisse, welchen entweder nur eine einseitige Willenserklärung des Schuldners zu Grunde liegt, deren aber nur sehr wenige Arten sind, oder wobei es an einer solchen ganz fehlt, welche aber dennoch, in Ermangelung eines anderen rechtlichen Charakters für den Akt, wonach sie als entstanden angenommen werden, aus einem Quasikontrakt erklärt werden. Ein besonderer Grund hierzu lässt sich für manche Fälle der Art in die mit dem Bewusstsein und der Absicht der Obligirung vorgenommene Handlung des Schuldners und in das darum zu vermuthende Einverständniss des Gläubigers setzen, weil er sonst einen rechtlichen Nachtheil ohne Aussicht auf Ersatz haben würde oder könnte; für andere trifft aber auch das nicht zu, sondern man ist lediglich deshalb darauf verwiesen, sie den Vertragsobligationen anzuschliessen, weil ihre Grundlage wenigstens ein Rechtsgeschäft oder ihre vertragsartige Natur positiv anerkannt ist. Eine zweite Abtheilung bilden diejenigen Obligationen, welche aus einer einseitigen Handlung des Schuldners, die nicht die Begründung einer Obligation bezweckt, oder wobei diese Absicht wenigstens gleichgültig wäre, und wodurch nicht einem vertragsweise bestehenden obligatorischen Verhältniss blos zuwidergehandelt wird, entspringen. Diese lassen sich im Allgemeinen als verbotene bezeichnen; einige unter ihnen sind wirkliche, mit öffentlichen Strafen belegte Verbrechen, andere lassen sich nur als Vergehen charakterisiren, beide Arten umfasst der Begriff der Delikte; für noch andere ist nur der allgemeine Begriff übrig. Die dritte Abtheilung endlich umfasst diejenigen Obligationen, welchen keine Handlung des Schuldners oder des Gläubigers zu Grunde liegt, oder für deren Entstehung keine solche von unmittelbarer Bedeutung ist, sondern welche vielmehr aus gewissen rechtlichen Verhältnissen ganz anderer und verschiedener Art, in welchen entweder die Person, welche Schuldner wird, oder sowohl sie, als die, welche Gläubiger wird, stehen,

und Delikte eine dritte nicht anzunehmen, sondern der oben angedeuteten Wahl des anderen Gesichtspunkts zu folgen, indem er wenigstens die meisten der von mir in eine dritte Abtheilung gestellten, von ihm selbst sog. gesetzlichen, Obl. den einseitigen Vertragsforderungen S. 309. beizählt. Ob nun die darunter fehlenden, z. B. *damnum infectum*, *pauperies*, gleichergestalt den Delikten beigezählt werden sollen, (vergl. S. 307.) ist zwar nicht ersichtlich, aber sehr wahrscheinlich. Hiergegen sprechen nach m. E. die schon angeführten Gründe für die Formirung einer dritten Abtheilung; so wenig der Begriff des Delikts für die Obl. z. B. wegen *pauperies* irgend einen Vergleichs- oder Aehnlichkeitspunkt darbietet, so sehr verstösst man mit den gedachten gesetzlichen Obl. gegen den des Vertrags, zumal die letzteren von Pfordten an die Spitze der selbstständigen einseitigen Vertragsforderungen gestellt werden. Auch ist Pfordten zu der Wahl der zweitheiligen Klassifikation nicht allein hierdurch bestimmt worden, wozu man durch das Eingangs gedachte rein negativ gefasste Kriterium der Quasikontr. u. s. w. in den Quellen einigermaassen berechtigt wird, und wobei sich freilich die Hereinziehung der den Begriffen Kontrakte und Delikte wesentlich fremden Obl. gar nicht vermeiden lässt, sondern ein anderweiter Grund liegt noch in dem nach Pfordten's Ansicht (S. 304 ff.) in den Quellen vom 12. bis 19. B. der Pand. indirekt enthaltenen System der Verträge, wonach sie in drei Arten, streng einseitige, solche mit Gegenforderungen (*contrar. a.*) und gegenseitige (zwei *directae a.*), zerfallen. Dieser Progression, mit deren ersten Stufe die Obl. *ex delict.* übereinkommen, scheint ein grösseres Gewicht für das System aller Obl. insgesammt beigelegt zu sein, als ihr wirklich zukommt. Denn vermöge des Begriffs der Obl. ist die Einseitigkeit als das Allgemeine und Regelmässige zu betrachten, mithin versteht sie sich von selbst, wo nicht die Obl. eine besondere Erweiterung gewinnt. Letzteres findet nur im Gebiet der Verträge, einschliesslich vertragsähnlicher Ver-

beim Eintritt gewisser Umstände und Ereignisse entspringen, oder ohne jedes bereits bestehende Verhältniss lediglich durch gewisse bestehende, oder erst eintretende Zustände begründet werden. Obligationen dieser Art lassen sich im Allgemeinen durch den Begriff zufälliger Gründe zusammenfassen. — Nach diesen Abtheilungen werden im vierten Kapitel die einzelnen Obligationen, welche als besondere Formen derselben in diesem Rechtstheil darzustellen sind, vorgetragen werden. Mit diesen aber ist deren Zahl bei weitem nicht erschöpft, sondern es kommt noch Folgendes in Betracht. Ueberwiegende systematische Gründe machen es nicht nur (wie schon §. 82. z. A. gesagt worden) unumgänglich, manche obligationenrechtliche Institute in anderen Rechtstheilen bei den Lehren vorzutragen, auf welche sie ausschliesslichen Bezug haben, z. B. den Hypothekenvertrag und den Pfandkontrakt beim Pfandrecht, die Verpflichtung zur Bestellung eines Heirathsguts beim Eherecht, die aus der Vormundschaft entspringenden in der Lehre vom Vormundschaftsrecht u. s. w., ferner andere in anderen obligationenrechtlichen Theilen (s. z. B. §. 91. II. A. 2) und Kap. V. dies. Buchs), sondern es giebt auch eine grosse Zahl von Obligationen, welche sich nicht in solcher selbstständigen und abgeschlossenen Weise ausgebildet haben, vielmehr mit anderen Rechtsverhältnissen in einer nothwendigen und unzertrennlichen Verbindung stehen, so dass ihnen deshalb ihr Platz bei anderen Rechtsinstituten und Lehren, auch obligationenrechtlichen, anzuweisen war; so z. B. die §. 29. Anm. [5]. u. §. 37. a. E. genannten, ferner die nur als Erweiterung einer anderen Obligation zu betrachtenden Forderungen, wie z. B. die auf das Interesse, auf Verzugszinsen u. s. w., s. §. 84. B., ingleichen alle die Fälle, in denen eine *exceptio doli* im weiteren Sinn (s. Bd. I. S. 318.) begründet ist; endlich diejenigen, welche durch eine Modifikation der bestehenden Obligation zu dieser hinzutreten, oder als Umgestaltungen der aus jener entspringenden Forderung erscheinen; s. §. 101. Hier ist das besonders darum zu wiederholen, weil die Entstehungsgründe dieser hier auszuscheidenden Obligationen, soweit sie nicht wirkliche Verträge sind, meist nicht mit Sicherheit unter eine der Abtheilungen für die der im Obligationenrecht selbst darzustellenden einzelnen zu setzen sind, sondern theils

hältnisse Statt, und daher finde ich in der Eigenschaft einseitiger Obl. als solcher keinen Grund, diese, soweit sie nicht Delikte sind, und nichts Deliktartiges an sich tragen, in die Klasse der Verträge einzureihen. Ob ferner wirklich in dem genannten Theil der Quellen ein System der Verträge angedeutet sein sollte, dafür scheinen mir Pfordten's Gründe S. 305. und 334 f. nicht überzeugend, vielmehr seine eigenen Zweifelsgründe, wegen der Zerstreuung vieler Obl. aus Verträgen durch die übrigen Bücher der Pandekten, überwiegend. Ich kann es ferner nicht für zweckmässig halten, eine Haupteintheilung der selbstständigen und accessorischen Verträge zu formiren; sondert man nämlich diejenigen der letzteren ab, welche offenbar angemessener mit den Verträgen verbunden werden, bei denen sie vorzugsweise oder ausschliesslich vorzukommen pflegen, sowie die, welche an anderen Orten als im System der einzelnen Verträge selbst vorgetragen werden müssen, z. B. in der Lehre von der Aufhebung der Obl., und stellt man die Intercessionen in ein besonderes Kapitel, wie ich für angemessen halte (vergl. meine Abh. in d. Ztschrft. Bd. X. S. 46.), so behält man für eine solche Hauptabtheilung nichts übrig; dies gilt namentlich von allen denen, die Pfordten S. 333 f. hierher zählt. Die einzelnen Verträge endlich theilt Pfordten in den Klassen wieder nach mehreren objektiven Rücksichten ab, z. B. die zufällig zweiseitigen wieder in Verträge auf Rückgabe einer Sache *in specie* und aus Führung fremder Geschäfte u. s. w., die gegenseitigen in Forderungen auf Austausch von Gegenleistungen und aus einer Gemeinschaft. Diese Zusammenstellungen sind zweckmässig. Doch müssen nach m. E. auch noch die nur vertragsartigen Verhältnisse in den einzelnen Klassen, denen sie verwandt sind, hervorgehoben und zusammengestellt werden.

zwischen der zweiten und dritten hin und herschwanken, theils ganz eigenthümlicher Natur sind. Da nun dieselben soweit auch keine Momente von einer allen gemeinsamen rechtlichen Bedeutung darbieten, auch die allerdings umfassenderen, vorher als solche genannten, Aenderungen und Erweiterungen des Inhalts bestehender Obligationen zum Theil mit den dadurch bedingten Begriffen, wie z. B. des Interesses, der Nichterfüllung und des Verzugs, in anderer systematischer Verbindung vorzutragen gewesen sind, so sind den die Entstehung der Obligationen betreffenden allgemeinen, im gegenwärtigen Kapitel vorzutragenden Lehren nur diejenigen Aenderungen der Art anzuschliessen, welche nicht aus systematischen Gründen anderen zu überweisen sind (s. §. 101.).

§. 96.

A. *Von den Verträgen als Entstehungsgründen von Obligationen im Allgemeinen.*

I. Durch Verträge werden die dem Bedürfniss des Rechtsverkehrs dienenden Obligationen gegründet. Der Begriff des Vertrags oder der Konvention, d. i. der Erklärung einer Uebereinstimmung Zweier oder Mehrerer in Bezug auf Rechtsverhältnisse, reicht über das Obligationenrecht hinaus, tritt aber in diesem ganz rein und unabhängig von hinzukommenden Erscheinungen unmittelbar wirksam hervor, und vermöge ihrer Bestimmung ist dann das Obligationenrecht auch das Hauptgebiet der Verträge [1] (s. §. 19. I.). Das charakteristische Merkmal derselben, die Uebereinstimmung [2], ist nun nach deren möglichen Aeusserungen näher zu betrachten. Die Erklärung der Uebereinstimmung besteht im Allgemeinen in der Zusage einer Leistung auf Seiten des Schuldners und in der Gegenerklärung des Gläubigers, dass er mit der Zusage einverstanden sei, sie annehme, acceptire. Ohne eine solche Annahme wäre die Zusage wirkungslos und bliebe ein blosses Angebot, von welchem der, welcher es ausgesprochen, jeder Zeit zurücktreten könnte. Hiervon giebt es nur einige vereinzelte Ausnahmen, in welchen durch ein in gewissen Fällen abgelegtes einseitiges Versprechen allein schon eine Obligation entstehen kann; sie stehen aber ganz für sich, s. nachher Nr. II. Abgesehen hiervon ist, in sofern vermöge des Begriffs der Obligationen, auch für deren Entstehung nur individuell bestimmte Personen als handelnd zu denken sind, diese Eigenschaft nicht nur auf Seiten des Schuldners, sondern auch des Gläubigers von Anfang an erforderlich. Dies bringen schon die Umstände mit sich, indem es selbst an einem Mittel, dessen Person künftig zu erkennen, fehlen würde, es sei denn eine schriftliche Verpflichtung des Schuldners gegen Jeden, der diese Urkunde innehaben sollte. Allein die Möglichkeit einer solchen Verbindlichmachung gegen den „Briefsinhaber" ist gemeinrechtlich ausgeschlossen, sie ist jedoch ein Institut von publicistischem Charakter. Die in dieser Form theils vom Staat (Fiskus), theils auf Grund besonderer Verleihung von Privaten, namentlich Korporationen, Vereinen und Gesellschaften, eingegangenen Rechtsverhältnisse lehnen sich allerdings in Ansehung ihres Inhalts und

[1] Fr. 1. §. 2. 3. *de Pactis.* — Die Existenz obligatorischer und nichtobligatorischer Verträge leugnet Rosshirt in seiner Zeitschrift Bd. I. S. 210 ff.; sein Hauptgrund ist der, weil aus einem solchen Vertrag (wie der *traditio*, und überhaupt denen, wodurch ein Sachenrecht wirklich entsteht) unmittelbar eine Obl. und nur daneben die Wirkung entstehe, dass jeder Besitzer der Sache die Folgen davon in Beziehung auf die Sache tragen soll. Ich muss es Anderen überlassen, das zu verstehen. Vgl. dagegen Fritz S. 256 ff. Savigny System Bd. III. S. 312 f. Obl.-R. Bd. II. §. 52. Unterholzner Bd. I. S. 23.

[2] Fr. 1. §. 3. *d. verb. nullum contractum etc.*

ihrer Folgen an gemeinrechtliche an, haben aber eine weitere und die besondere Ausbildung im Handelsrecht erhalten, dem sie somit zu überweisen sind[2b].

Einer besonderen Form der gegenseitigen Erklärung des Willens bedarf es im Allgemeinen zu deren Gültigkeit und vollständigen Wirksamkeit nicht[3], nur in

[2b] Vergl. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 89 f. und S. 92 f. die Literatur bis dahin, die aber mit der neuerlich theils durch Bedürfniss, theils durch Spekulation in reissender Progression gestiegenen Vermehrung und Bedeutung der Staats- und der Kreditpapiere in fortwährendem Wachsen begriffen ist. Ich nenne hier nur Unger, die rechtl. Natur der Inhaberpapiere, Leipzig 1857, die Rec. davon in der Heidelberg. krit. Zeitschrift Bd. IV. S. 493. von Kuntze, dessen eigenes besonderes Werk über diesen Gegenstand, Bd. I. Lpzg. 1857. Bekker, die Geldpapiere in dem Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts, Lpzg. 1857 Bd. I. S. 266 ff., die Abhandlung von Renaud mit Vorw. von Bluntschli über Werthpapiere, in der Münchner kritischen Ueberschau, 1857. Bd. V. S. 394. und eine Gegeneinanderstellung der bisher. Ansichten in Goldschmidt's Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht, von Jolly, Bd. I. S. 177 ff., ferner über die Entstehung der Inhaberpapiere mit dem älteren deutschen Vertragsrecht, Platner im Archiv Bd. 42. S. 112 ff. Die Wichtigkeit des Gegenstands ist gleich gross mit der Schwierigkeit seiner Behandlung, und es steht sehr dahin, ob es möglich ist, blos auf wissenschaftlichem Weg und eine darauf sich stützende Rechtspraxis die dem Verkehr wünschenswerthe Einheitlichkeit und Sicherheit herzustellen (vgl. Bekker a. a. O. S. 267.). — Hier gedenke ich nur noch, dass die Ausstellung eines gewöhnl. Privatschuldscheins auf eine bestimmte Person mit dem Zusatz „und jeden (oder auch: jeden getreuen) Briefsinhaber", diesen letzteren nicht, wie allerdings Manche ältere annehmen, (s. bei Glück Bd. XVI. S. 441 f.) gültig machen, sondern dazu gewöhnliche Cession zu erfordern ist; s. Mühlenbruch Cession S. 458. Savigny a. a. O. S. 101 ff. Eigenbrodt in d. Jahrb. f. Dogmat. Bd. II. S. 181 ff.

[3] Hier ist eine der wichtigsten und folgenreichsten Abweichungen des praktischen gemeinen vom reinen römischen Recht eingetreten, und darin liegt zugleich der Grund, weshalb das römische System der Konventionen (*contractus* und *pacta*) dem heutigen nicht untergelegt werden kann. Vgl. Pfordten Abh. S. 281. (s. auch dens. S. 217. a) wider Rosshirt in seiner Zeitschrift Bd. III. S. 216 ff.) und Beseler Erbvertr. Thl. II. §. 2. S. 34 ff. Das R. R. erkennt nämlich zwar (s. d. in vor. Anm. cit. Stelle) die *conventio*, also den *consensus*, als Grundlage und eigentlichstes Wesen aller Verträge ebenfalls an, allein eine ihm eigenthümliche Rechtsansicht legt den so zu Stande gekommenen Verträgen keineswegs ohne Unterschied die volle Wirksamkeit, d. i. die Möglichkeit, sie mittelst Klage geltend zu machen, bei, sondern erfordert dazu in den meisten Fällen noch eine Form oder ein äusseres Merkmal für den Vertrag. Der Grund dazu ist wahrscheinlich in dem Streben zu suchen, die prozessualische Entscheidung dadurch zu vereinfachen, dass das Streitobjekt in möglichster Abgeschlossenheit und Bestimmtheit der Entscheidung vorgelegt werden, und sich diese auf ein blosses ja oder nein der erhobenen Frage beschränken konnte, so dass hierdurch das Verfahren sehr verkürzt und die Beweisführung ausserordentlich vereinfacht und erleichtert war; hierzu diente die Aufstellung des gedachten Princips der Forderungen als nothwendiges Mittel, und wo seine Voraussetzungen nicht zutrafen, gab es keine Klage, oder sie wurde erst später ausnahmsweise und auf verschiedenen Wegen vermittelt, wenn auch eine *obl. naturalis* anerkannt wurde. Vergl. Pfordten Abhandl. S. 218 ff. 235 ff. Wenn es eine Zeit gegeben hat (vgl. Unterholzner S. 27.), wo das *jus gentium* noch gar keinen Einfluss auf das strengrömische Recht gewonnen hatte, so würde dem blossen formlosen *consensus* alle Wirksamkeit abgegangen sein. Jene, das Recht ausschliesslich von einer formalen Seite auffassende Ansicht würde aber die meisten Geschäfte des täglichen Lebens, wie Kauf und Miethe, schutzlos gelassen, oder sie solcher Umständlichkeit unterzogen haben, die einem Hinderniss gleichkäme. Es wurde daher einer gewissen Zahl der gewöhnlichsten unter ihnen, den nachmals sog. Konsensualkontrakten (s. fr. 1. §. 2. *de Rer. permut.*, wozu noch das Pfandrecht kommt, s. fr. 1. pr. *de P. A.*) die vollständige Wirksamkeit beigelegt, allein das R. R. hat, ungeachtet der in fr. 1. pr. *de Pactis* anerkannten Wahrheit, hierin die beschrittene Bahn, eine solche der blossen Ueber-

wenigen bestimmten Fällen ist nach gemeinem Recht beim Abschluss von Verträgen

einstimmung allgemein beizulegen, nicht bis zu Ende verfolgt, sondern das ist erst seiner Anwendung in Deutschland vorbehalten geblieben, es hat vielmehr neben jenen und ausser einigen Analogien der *locatio conductio* in dem emphyteut. Kontrakt u. in fr. 1. §. 1. *de Praescr. verb.*, nur einer gewissen Anzahl von Verträgen, die lediglich durch Uebereinstimmung ohne eine förmliche Aeusserung zu Stande gekommen, ausnahmsweise die Klagbarkeit zuerkannt, fr. 6. 7. pr. *eod.* und dazu als Erläuterung das ganze fr. 7. Das, was nun ausser den letzteren, also in der Regel, die Klagbarkeit verleiht, wird von den Neueren *caussa civilis* genannt, ein Ausdruck, welcher in der einzigen Stelle, wo er m. W. vorkommt, in fr. 49. §. 2. *de Peculio*, nicht diese bestimmte, sondern eine allgemeinere Bedeutung hat. Vergl. darüber Marezoll in der Zeitschrift Bd. III. S. 259 ff. Deren werden vier Arten anerkannt: 1) *verba*, d. h. gewisse mündlich gesprochene förmliche Worte, namentlich in Frage und Antwort bestehend, als Form möglichst bestimmter Erklärung der Uebereinstimmung Zweier, die *stipulatio*, s. über diese Unterholzner a. a. O. S. 32 ff. Liebe die Stipulation S. 17 ff. Gneist formelle Vertr. S. 139 ff. und über deren Eigenschaften, um den vorhergedachten Zweck nach römischer Ansicht zu erreichen, so dass sie als das vornehmlichste Mittel fester Obligirung erscheint, s. Pfordten a. a. O. S. 235 ff.; 2) *litterae*, schriftliche Aufzeichnung, in mehrfacher Form und Anwendung; (vgl. Unterholzner S. 38 ff. Sintenis in Sell's Jahrbb. Bd. I. S. 268 ff. Gneist a. a. O. S. 321 ff. 413 ff.); 3) *res*, d. i. das Hingeben einer Sache mit der Bestimmung sie zurückzugeben, (*mutuum*, *depositum*, *commodatum*, *pignus*) oder zwar ohne solche, jedoch unter Umständen, dass der Empfänger sie ohne Grund dem Geber vorenthalten würde, s. I. tit. *Quibus modis re;* vgl. Pfordten S. 243 ff., welcher namentlich nachweist, dass die Stipul. bei diesen überflüssig war; endlich 4) *consensus*, in vier (fünf) bestimmten Fällen, wo die *conventio* durch ihn allein als voll wirksam anerkannt, und denen ein bestimmter Kunstname, nämlich: *emtio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *mandatum* (*contr. emphyteut.*) beigelegt wird. Vgl. dens. S. 247 ff., welcher die Unmöglichkeit der Anwendung der Stipul. auf sie, wenigstens auf deren ganzen Umfang, nachweist. Die mit solcher sog. *caussa* versehenen Konventionen werden im R. R. als *contractus* bezeichnet, (doch kommt *contr.* auch, aber selten, für Obl. jedes Ursprungs vor, fr. 20. *de Iudic.* fr. 1. §. 6. *de Pecun. const.* fr. 52. *de Re jud.* fr. 23. *de R. J.*) und damit den *pactis* gegenübergestellt, welcher Ausdruck jedoch wahrscheinlich früher allgemein war und auch jene umfasste, so dass der Begriff *contractus* erst der ausgebildeten Doktrin des römischen Vertragssystems angehört. Ueber den eigentlichen Unterschied der *contractus* und *pacta* und daher über die Begriffsbestimmung der ersteren sind verschiedene Ansichten aufgestellt worden, vgl. die bei Batz im Archiv Bd. III. S. 3. ref. Ans. des *Cujacius* (*Obs.* II. 15.) und *Vinn.* (*tract. de Pact.* c. 8. u. 2.), s. ferner *Noodt de Pact.* c. 9. *Erxleben de contract. innominat. etc.* §. 10 ff. Die Römer sind aber in der Anwendung des ersteren Begriffs nicht konsequent verfahren, s. Unterholzner Bd. I. S. 21 ff. (vgl. noch nachher weiter unten), so dass die Definition von *contractus* immer an Mängeln leiden wird, und sich in der That nur sagen lässt, dass damit eine gewisse Zahl von Konventionen bezeichnet werde, welche schon im älteren Recht als klagbar anerkannt waren, wozu später noch einige wenige hinzukommen (*contr. suffragii* und *emphyteut.*, letzterer ein Analogon der Miethe), während die *pacta* andere Konventionen, klagbare wie klaglose, begreifen, vgl. Schilling Bemerk. über röm. R.-Gesch. S. 237. Anm., aber nicht alle, denn die *acceptilatio* und *in jure cessio* z. B. werden weder so noch so genannt, obwohl sie natürlich Konventionen sind. — Diese *caussae*, welche zugleich die Art der Eingehung der Kontrakte andeuten (*re contrahitur obl. aut verbis etc.*) liegen nun der Eintheilung der Verbal-, Literal-, Real- und Konsensual-Kontrakte zu Grunde; die Sprache der Quellen bezieht diese Zusammensetzung auf die Oblig., s. die Rubr. der Inst. Tit. III. 15. (16.) 21. 22. Die beiden ersteren pflegt man, weil hier zunächst nur etwas Symbolisches verpflichtete, formelle Kontrakte zu nennen, die beiden letzteren, denen nothwendig etwas Innerliches zu Grunde lag, nämlich theils der Empfang der zurückzugebenden Sache, theils beabsichtigte gegenseitige Leistungen, so dass jede Bedingung der anderen erschien, materielle. S. Anm. 25; nur beim Mandat trifft das nicht zu, daher denn dessen innerliches

die Beobachtung von Förmlichkeiten, welche dann in der Aufnahme von Urkunden

Moment in dem als rechtlich wirksam anerkannten durchaus eigenthümlichen Zweck zu suchen ist, denn die Möglichkeit der *a. contraria* kann dafür nicht gehalten werden. (Vgl. auch §. 23. Anm. 6 1).) Dieses Innerliche nun, das Warum der Verpflichtung, ist die *caussa* im römischen Sinn, welche durch die *exc. doli* allmälig auch auf das formale Princip Eingang gewann, so dass sie gegenwärtig, wo dieses völlig verschwunden, das eigentliche, wahre und ganz allgemeine Verpflichtungsmoment aller Konventionen ist, durch welche der im letzteren Begriff enthaltene zusammentreffende Wille Zweier erst rechtliche Bedeutung gewinnt, s. im Text Nr. 4. und Anm. 25, und welches auch, wie nachher weiter erhellen wird, denjenigen anderen Konventionen, ausser den Kontrakten, welchen das R. R. Klagbarkeit, oder wenn es ihnen überhaupt Wirksamkeit beilegt, nicht fehlen kann, da ohne dasselbe die Uebereinstimmung ausserhalb der Rechtssphäre bleibt. Sie gehört also zum Begriff der Gültigkeit der Verträge. Die sämmtlichen unter die vorgedachten vier Rubriken fallenden Kontrakte nun werden in der Doktrin benannte genannt, indem jeder seine besondere Bezeichnung und bestimmte Klage hat (fr. 1. §. 4. fr. 7. §. 1. *h. t.*), und zwar im Gegensatz zu einer anderen Masse von Kontrakten, den unbenannten, *quorum appellationes nullae jure civili proditae sunt*, oder welche keine für die einzelnen bestimmte Klage haben, sondern aus denen *praescriptis verbis* zu klagen ist (fr. 1—4. *de Praescr. verb.*), was aber eigentlich nicht ganz richtig ist (daher Manche deren eigentliche und uneigentliche, regulares und irregulares unterscheiden), denn es gehört dazu z. B. die *permutatio*, und von den Klagen die *a. de aestimato*, wiewohl sie auch *praescr. verb.* ist. Mit diesen verhält es sich so: es lassen sich mannigfache Umstände und Ursachen denken, weshalb eine auch mit *caussa* in dem vorhergedachten römischen Sinn versehene Konvention unter die für die benannten Kontrakte einmal feststehenden Begriffe nicht zu bringen war (*in proprium nomen contractus non transibat*), gleichwohl aber eine wesentliche Verwandtschaft mit einem von diesen hatte, z. B. Abweichungen von den regelmässigen Erfordernissen eines benannten Kontrakts in Bezug auf den Gegenstand der Leistung oder der Gegenleistung, wie Tausch anstatt Kauf, Leistung einer Arbeit gegen Lohn in Sachen u. s. w. Vgl. *Erxleben l. l.* §. 20 sqq. Diese Fälle sind in fr. 5. *de Praescr. verb.* auf das bekannte Schema *do ut des etc.* zurückgeführt, was jedoch dieselben nicht erschöpft, wie eine kombinirende, oder alternative, oder negative Fassung ergiebt, und andererseits alle gegenseitigen Verträge, auch die benannten, umfasst. Soweit nun solche Konventionen mit einem benannten gegenseitigen Kontrakt verwandt sind, und zugleich, woran das R. R. als an einem sinnlichen Moment des Obligirens festhielt (vgl. Anm. 25), eine zu dem Zweck geschehene, ein *dare* oder *facere* begreifende Leistung von der einen Seite vorangegangen ist, dass darauf eine Gegenleistung erfolge, die aber keine Zurückgabe sein kann, wird auch hier ein *contractus* mit *actio civilis* anerkannt, fr. 7. §. 2. *h. t.* fr. 15. *de Praescr. verb.* fr. 1. pr. *de Aestimatoria*, coll. fr. 15. in f. *d.* (*negot. civile*). Dass nun diese Konv. *re* kontrahirt würden, wird nirgends gesagt, und da mit diesem Ausdruck bei Obl. immer die Hingabe einer Sache bezeichnet wird, fr. 17. pr. *h. t.*, niemals ein *facere*, und die *a. praescr. verb. similes a. emti*, *locati*, *mandati* genannt werden, so ist es falsch, die sog. Innominatkontrakte zu den Realkontrakten zu stellen, und, wie Manche thun, nun die letzteren in benannte und unbenannte zu theilen; vgl. Gans Obl.-R. S. 174 ff., bes. aber Pfordten S. 282 ff. Veranlassung dazu hat der Umstand mit gegeben, dass kein Kontrahent eher die Gegenleistung fordern konnte, bis er die eigene geleistet hatte, und womit für ihn das *jus poenitendi* zusammenhing, wenn er es vorzog, vor Erfolg der Gegenleistung, mit welcher erst von der anderen Seite der Wille, die Konvention aufrecht zu erhalten, sich definitiv aussprach, von dem ganzen Geschäft zurückzutreten, anstatt Klage daraus zu erheben, und das schon Gegebene mit der *condictio caussa data et non secuta* wiederzufordern, s. fr. 3. §. 2. 3. fr. 5. pr. *de Cond. caussa data.* Vgl. darüber Pfordten a. a. O. S. 260 ff. 283 ff. 289 ff. Allein, wenn freilich hiernach die Innom.-Kontr. nicht im Sinn des R. R. zu den konsensualen gerechnet werden können, so können sie doch, abgesehen von den vorher berührten Gründen, darum ebensowenig den realen beigezählt werden, da sie immer wesentlich gegenseitige Leistungen voraussetzen, was bei diesen nie vorkommt.

über den Akt, oder auch in Verlautbarung desselben vor der Obrigkeit bestehen,

(Die herrschende Lehre vom *jus poenitendi* und der damit zusammenhängenden *condictio caussa data c. non sec.* ist neuerlich mehrfach erörtert, und entschieden angegriffen worden von H. Witte Bereicherungsklagen S. 110 ff., der das erstere auf den Fall zurückführt, wo es der Natur des Geschäfts nach in der Gewalt des Gebers steht, den Eintritt des Umstands zu verhindern, von welchem der Charakter der Leistung beim Empfänger abhängt. (S. 124.) Da dasselbe vollständig unpraktisch geworden ist, (s. a. E. unter 3)) so hat der Streit nur ein historisches Interesse. S. §. 109. Anm. [62] u. [70].) — Den bisher näher charakterisirten Konventionen gegenüber steht die Masse der *pacta* oder *pactiones*, welche wieder in zwei Klassen zerfallen, die *nuda*, das sind die klaglosen, welche nur eine *natural. obl.* entstehen lassen, fr. 7. §. 4. *h. t.* fr. 40. *de R. C.* c. 27. *de Locato* (doch kommt *nudum p.* auch für klagbar vor, und zwar wohl im Gegensatz zur *stipulatio*, s. z. B. fr. 1. pr. §. 1. *de P. A.* fr. 30. *de Usur.*) vgl. Büchel civilr. Erört. Bd. II. 1. S. 66 ff., — und die *non nuda* (fr. 15. *de Praescr. verb.*) oder sog. *vestita*, woraus geklagt werden kann, und welche zum Theil sogar eigene technische Bezeichnungen haben. Diese letzteren werden gebildet aus den sog. *p. adjectis*, d. s. Nebenverträge, welche sofort einem Hauptvertrag beigefügt werden, (oft genannt, *quae legem dant contractui*) fr. 7. §. 5. *h. t.* und s. auch fr. 45. 48. *eod.* u. fr. 40. *de R. C.* (hierzu s. Glück Komm. Bd. IV. S. 274 f.) die sog. *praetoria*, s. §. 7—11. *I. de Action.* (fr. 7. §. 7. *h. t.* bezieht sich nicht auf solche, sondern nur auf *p. nuda*), welchen der Prätor Klagen beigelegt hatte, und die sog. *legitima*, welchen diese im neueren R. zu Theil geworden sind; z. B. der Schenkungsvertrag, c. 35. §. 5. *de Donation.* Vergl. über diese weitere Fortbildung, resp. Abweichung vom ursprünglich römischen Princip Pfordten S. 263 ff. 269 ff. und über die Anwendung der *a. praescr. verb.* auf *pacta* mit gegenseitigen Leistungen; vgl. auch *Erxleben l. l.* §. 14 sqq. 17 sqq. (Uebrigens behauptet Unterholzner a. a. O. S. 24 f., dass man von klagbaren *pactis* nicht reden sollte, indem die sog. *adjecta* es nur vermöge des Hauptgeschäfts, die anderen aber wirkliche *contractus* seien, wenn auch nicht genannt werden. Dieses kommt auf den weiter oben berührten Zweifel über den Unterschied der *pacta* und *contr.* hinaus; da aber die ersteren in fr. 7. §. 5. *h. t.* ausdrücklich als *pacta* unterschieden werden, so ist man auch berechtigt, dabei stehen zu bleiben.) — In die Kürze gezogen ergiebt sich also über die Klagbarkeit der Verträge folgendes Resultat der röm. Auffassung: Regel war die Form, d. i. *stipulatio* oder *literae.* Ausnahmen waren begründet durch die Fälle der bestimmten Real- und Konsensualkontrakte, (durch die drei Formen der *dotis dictio*, *jurata promissio liberti* und *oblig. argentar. ex recepto*,) durch einige *pacta praetoria* und *legitima.* Abgesehen hiervon, wurden zweiseitige nicht durch Stipulation befestigte Verträge durch Leistung von der einen Seite wirksam, und diese haben theils bestimmte Namen, theils nicht, Innom.-Kontr. S. Pfordten S. 291. — Gegen diese Auffassung des römischen Konventionen-Wesens sind neuerlich mehrere tief eingreifende Bedenken erhoben worden von Liebe in der Zeitschrift Bd. XV. S. 63 ff. u. 192 ff. Setzt man die Polemik dawider bei Seite, dass die Institut. des Gaius so wenig wie die justinianeischen das Gebiet der materiellen Kontrakte erschöpfen, was mehr von blos formell-systematischer Natur ist, und worin nach m. E. nur ungegründete Skrupel erhoben sind, sowie dagegen, dass die Real- und Verbalkontrakte nicht scharf gegeneinander begrenzt seien, woran nur Misverständnisse Schuld sind, ferner die Ansicht, dass im Aktionensystem der Römer allein die Merkmale zu suchen seien, nach welchen sich die römischen Kontrakte klassifiziren lassen, die bei der zugestandenen systematischen Abweichung der Institutionen, und da sie sich der Gans'schen schon anderwärts widerlegten Meinung (vgl. §. 95. [1]) anschliesst, auf sich beruhen kann, endlich das Verhältniss der *contractus*, welche eine *a. contraria* gewähren, zu den ein- und gegenseitigen, welches nicht hierher gehört, (s. §. 97. II.) so interessiren hier besonders folgende Resultate: 1. Der Verf., davon ausgehend, dass alle Konv. in ein- und zweiseitige zu theilen seien, behauptet, „dass sich in der zweiten Klasse die Real- und Kons.-Kontr. nur rücksichtlich des Zeitpunkts unterscheiden, wo die bindende Kraft des Geschäfts beginne, und dass hierher auch die Innom.-Kontr. gehören, für welche, gleichwie bei den ersteren, dies erst mit der Leistung von einer Seite eintrete, deren Schema ganz allgemein für alle zweiseitige Geschäfte

erforderlich (s. z. B. §. 23. Bd. I. S. 211. u. §. 55. III.), doch haben hier deutsch-

passe, so dass die benannten Kontr. nur als Ausnahmen anzusehen seien; ganz unrichtig stelle man diese als besondere Klasse den übrigen Kontr. entgegen." Wider die Verwerflichkeit dieses Gegensatzes aber ist daran zu erinnern, dass, da er jedenfalls historisch richtig ist, d. h. die benannten Kontr. älter sind, als die ungenannten und die *a. praescriptis verbis*, es nur darauf ankommt, ob man bei der Darstellung des röm. Kontr.-Systems den historisch-dogmatischen Gesichtspunkt festhalten will, oder welchen sonst? Den ersteren muss ich darum für den allein zulässigen halten, weil man sonst doch nur auf den praktischen sich hingewiesen finden könnte, von welchem aus freilich der Gegensatz verschwindet; denn der vom Verf. (S. 195.) vorgeschlagene Standpunkt würde mehr eine Philosophie des R. R., eine Analyse seiner Grundlage, als eine Darstellung desselben in Ansehung der Konventionen gewähren. 2) „Den *nudis pactis* sei im R. R. darum alle Wirksamkeit abgesprochen, weil darunter nach fr. 7. §. 4. *h. t.* ein schlechthin ohne wofür? oder weshalb? gegebenes Versprechen zu verstehen, dieses also (m. a. W. das generelle, abstrakte *debere*) bedeutungslos sei; ein solches sei ein gehaltloser Begriff, er erzeuge nicht einmal eine *natural. obl.*, oder *exceptio*, sondern dieses vermögen nur die *pacta liberatoria*. Es fehle ihnen nämlich an der eigentlichen *caussa* (*credere*, *solvere*, *donare*, s. Anm. 25)." Dieser, schon von mehreren Aelteren, Eguinar. Baro und Connanus (s. *Donell. Comm.* T. VII. p. 19.) u. in neuerer Zeit von Meyerfeld Schenkungen Thl. I. S. 349. u. Unterholzner Bd. I. S. 50. aufgestellten Ansicht, wonach denn *pactum*, soweit ihm in den Quellen Wirksamkeit beigelegt wird, immer als *de non petendo* zu verstehen sei, nicht von irgend einem positiven Inhalt, ist auch Gneist S. 169 ff. 227. beigetreten. Dass, wenn die Doktrin des heut. R. den herkömmlichen Satz enthält, *p. nuda* gelten bei uns gleich den Kons.-Kontr., unter den ersteren von irgend Jemandem ein abstraktes *debere* mitverstanden sei, ohne konkreten Grund, darf wohl bezweifelt werden; überall vielmehr wird als stillschweigend und sich von selbst verstehend angenommen werden dürfen, dass es an irgend einer eigentlichen römischen *caussa* nicht fehlen dürfe. Sicherlich hat man hier nur an den Mangel einer der drei doktrinellen *caussae* ausser dem *consensus* gedacht, wie diesen schon die Basil. Lib. XI. tit. 1. §. 7. Schol. 6) (ed. Heimbach) ergeben, wenn man eine solche für überflüssig hielt. Es früge sich also nur, ob das R. R. den Begriff des *pactum* so, wie die beiden gen. Schriftsteller annehmen, verstehe? Soviel ist nun wieder gewiss, dass, wenn darunter wirklich, wie der erste von beiden will, ein reines Nichts im Rechtssinn verstanden würde, in fr. 7. §. 4. *d.* auch nicht einmal eine *exceptio* daraus hätte anerkannt werden dürfen. Erwägt man ferner, dass im pr. *I. de Replicat.* einem solchen *p. de non pet.* ein *p. de petendo* in der Wirksamkeit wider eine Klage durch *exceptio* und *replicatio* gleichgesetzt ist, dass ferner in fr. 5. §. 2. *de Solution.* von einem *ex pacto naturaliter debere* die Rede ist, und dass nach vielen Stellen der Schutz der *exceptio* für konstituirende *pacta* eintritt, s. z. B. fr. 35. 40. §. 1. fr. 41. 47. pr. 52. §. 3. *de Pactis*, fr. 16. *de Transact.* c. 21. *de Pactis*, so werden die Zweifelsgründe schwinden, worauf die Ansicht fusst, dass nur *pacta de non pet.* unter der *nuda pactio*, *i. e. cui nulla subest caussa*, *quae obligationem non parit*, verstanden werden können. Auch ergiebt ja der Zusammenhang des fr. 7. §. 4. *d.*, dass die darin gedachte *caussa* die nämliche ist, welche in §. 2. *eod.* ausführlich erörtert worden, *do ut des etc.*, nicht aber in dem allgemeinen doktrinellen Sinn aufzufassen ist, den diese nicht etwa erschöpft, s. Anm. 25. (Vergl. Gneist a. a. O. S. 118.) Dass nun, wenn es an einer solchen fehlt, nach §. 2. keine *civil. oblig.* entsteht, ist sicher, aber nur das verneint §. 4., nichts weiter, und so sagen denn die Worte: *nuda pactio oblig. non parit*, nicht, dass dadurch auch nicht einmal eine *natural. obl.* entstehe, sondern nur keine *obl. civil.*, wohl aber eine solche: *quae exceptionem parit*, d. h. eine *naturalis*, s. §. 82. Anm. 11. Dass *exc. pacti* in der Regel *sc. de non petendo* zu verstehen sei, ist allerdings richtig (diese finden ihre *caussa* dann in einem *animus donandi*), allein daraus folgt nicht, dass nur an ein solches in §. 4. *d.* gedacht sei. Denn dass z. B. das *pactum usurarum*, sowie *donandi* schon nach älterem R. R. mindestens Exceptionskraft habe, wird von den Gegnern theils nicht geleugnet, s. Gneist S. 157. 171.*), theils ganz vergeblich bestritten, vgl. Büchel civilr. Erört. Bd. II. H. 1. S. 67. und das. Anm. 2, C. Sell in s. Jahrb. Bd. I. S. 125. und Pfordten a. a. O. S. 264 ff. gegen Meyerfeld und Unterholz-

rechtliche und partikularrechtliche Ansichten und Bestimmungen auf die Anwendung

ner und ich zähle zu den *p. nudis* mit positiver Wirkung namentlich alle *p. de contrahendo*, ferner die *transactio* (fr. 2. *de Transact.*), der Gneist S. 171. nur nach vorgängiger Leistung von einer Seite positive Kraft beilegen will. Ich bleibe daher auch mit Büchel dabei, dass diese eine *exceptio* entstehen lassen, die freilich nicht überall von gleicher Kraft gedacht werden darf; s. §. 82. Anm. [19]. (Ueber Liebe's Ansicht wegen der heut. Gültigkeit der *p. nuda* s. Anm. [25]). — Es wurde vorher schon bemerkt, dass erst in der Anwendung des R. R. in Deutschland es dahin gekommen sei, dass schlechthin jede Konvention, erscheine sie als Haupt- oder Nebengeschäft, durch die Uebereinstimmung allein die vollständigste Wirksamkeit und also Klagbarkeit gewähre, sobald jene den sonstigen allgemeinen Erfordernissen in objektiver und subjektiver Hinsicht für Entstehung der Obl. überhaupt und aus Verträgen im Besonderen entspricht. Diese tief eingreifende Aenderung ist zwar auch auf c. 1. u. 3. X. *de Pactis* zurückgeführt worden, allein diese Stellen müssten dazu eine sehr gewagte Interpretation erfahren; es ist vielmehr die Veranlassung dazu allein ein allgemeines deutsches Gewohnheitsrecht, welches aus einer grösseren Einfachheit der Rechtsansichten und Mangel an historischer Einsicht in das römische Konventionensystem seinen Ursprung nahm, nicht etwa aus grösserer Heilighaltung der Verträge. Vergl. auch Batz im Archiv Bd. III. S. 18 f. Pfordten S. 292. 218. u. Beseler a. a. O. auch den Zus. dieser Anm. a. E. Denn es ist gar nicht zu leugnen, dass mit unserer Auffassung der Verhältnisse weit häufiger die an sich sehr bedenklichen und eine Unvollkommenheit des Rechts andeutenden Zweifel möglich sind, ob ein Vertrag zu Stande gekommen sei, oder es bei blossen Traktaten darüber bewendet habe; die Form, von dieser Seite betrachtet, hat also einen sehr tiefen materiell-rechtlichen Zweck. Vergl. jetzt Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 218 ff. Hierzu kam, dass das formale römische Klagenprincip zum grossen Theil schon im R. R. zerstört war, und in Deutschland nie Eingang fand, und namentlich dass die Form der Stipulation, welche neben dem römischen Konventionensystem unentbehrlich ist, wohl aus nationaler Verschiedenheit niemals Wurzel fassen konnte. Die Folgen dieser radikalen Umgestaltung sind nun im Besonderen diese: 1) die Verbal- und Litteralkontrakte (diese übrigens sehr wahrscheinlich schon zu Justinian's Zeit, vgl. Anm. [27]), sind als solche antiquirt. Damit ist Alles aus den Quellen veraltet, was als Folge der Stipul.-Form erscheint, nicht aber das, was den ihr zu Grunde liegenden *consensus*, also die *conventio* betrifft, vielmehr ist das vollkommen gültig; 2) der Unterschied zwischen *contractus* und *pacta* ist verschwunden; 3) deshalb fällt auch der der Innom.-Kontr. hinweg, und sie haben alle Eigenthümlichkeit verloren, d. h. sie werden nicht erst durch Leistung von der einen Seite soweit perfekt, dass daraus geklagt werden kann, sondern die blosse Konvention hat schon diese Folge, und daher findet auch das *jus poenitendi*, so wenig es überhaupt bei Konsensualkontrakten jemals vorkommen konnte, nicht mehr Statt; 4) alle diese, sowie alle *pacta*, sind daher den schon römischen Konsensualkontrakten rücksichtlich der Perfektion ganz gleichzusetzen, und diese Masse hat dann durch die jetzt vollgültigen, nur gegenseitige Versprechungen enthaltenden Verträge (über deren *caussa* s. Anm. [25] in des Mitte), wozu auch die *pacta de contrahendo* gehören, einen bedeutenden Zuwachs, und dadurch namentlich auch die Lehre von den Traktaten und Punktationen (s. im Text Nr. I. 1. a. E.) eine besondere Wichtigkeit erhalten, welche nach R. R. nicht so häufig vorkommen und so praktisch sein konnte. Nur 5) die Realkontrakte haben durch diese Aenderungen darum gar nicht berührt werden können, weil sie ihrer Natur und ihrem Inhalt nach erst durch Hingabe der Sache wirklich begründet werden, so dass von ihnen absolut gilt, was fr. 17. pr. *h. t.* sagt: *re enim non potest obl. contrahi, nisi quatenus datum sit*. Vergl. Pfordten S. 293 ff. Diese müssen dann allerdings von den übrigen abgesondert werden, s. im Text Nr. 3., und in sofern, kann man sagen, zerfallen gegenwärtig alle Verträge in konsensuale und reale, von denen die ersten die grosse Mehrzahl bilden. Indessen kann diesem Unterscheidungsmerkmal dennoch kein Einfluss auf die heutige systematische Abtheilung der Verträge eingeräumt werden, indem sich ein anderes, das der Einseitigkeit und Gegenseitigkeit, als das Wesen des Rechtsverhältnisses selbst durchdringend, vor jenem geltend macht, welches die Realkontrakte in verschiedene Kategorien fallen lässt; 6) die besonderen Formen, z. B. Insinuation von

des gemeinen Rechts wesentlichen Einfluss ausgeübt, s. §. 18. b. Alsdann ist für Schenkungen über 500 *solidos*, sind hierdurch aber in keiner Weise berührt worden. — Weder mit der Erklärung der Klagbarkeit der formlosen Verträge, noch mit dem Verhältniss der *caussa* zur Stipulation, wie sie vorstehend und in der dazu gehörigen Anm. [25] vorgetragen worden, ist — Anderer zu geschweigen — einverstanden Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 239 ff. „Eine allgemeine deutsche Gewohnheit im wahren und eigentlichen Sinn einer solchen lasse sich nicht erweisen; die Sache sei vielmehr davon zu erklären, dass, während die Form der Stipulation, ungeachtet der Annahme des R. R. im Ganzen, in Deutschland keinen Eingang gefunden, die von selbst eintretende Abstraktion von derselben sich unvermerkt in den formlosen Vertrag verwandelt habe. So sei der Grundsatz von deren Klagbarkeit entstanden und in dieser Auffassung finde das wahre Element in der Annahme eines deutschen Gew.-Rechts seine gebührende Anerkennung, wobei die Gew. als negative zu bezeichnen sei, indem sie lediglich darin bestanden, dass man in Deutschland die Form der Stipul. nicht angewendet habe." Ich finde hierin, soweit es überhaupt eine Erklärung enthält, nichts Neues gesagt; warum die Stipulation nicht angenommen worden, die Frage ist auch hier nicht beantwortet. Dies wäre von untergeordneter Bedeutung; ungleich erheblicher ist es dagegen, wenn Savigny in der Polemik über das im Vorstehenden erörterte Verhältniss der *caussa* zum formalen Princip (S. 250 ff.) gegen Liebe (vergl. Anm. [25] unten) doch darin mit diesem einverstanden zu sein scheint, dass, in sofern der formlose Vertrag der Stipul. im heut. R. gleichstehe, auch er zur Klagbarkeit allein keiner *caussa* bedürfe, sondern das abstrakte *debere* als sein Inhalt dazu ausreiche. Er spricht das freilich nicht direkt aus, denn er bezieht Alles wider die *caussa* bei der Stipulation. Ich würde mich eventualiter hier auf die obige Erörterung u. Anm. [25] zu beziehen begnügen. Denn es ist neuerlich der ganze Gegenstand von Heimbach in d. Ztschrft. N. F. Bd. XIII. S. 91 ff. von einem bisher unberücksichtigt gebliebenen Standpunkt aus behandelt und eine sehr befriedigende Lösung der Frage erreicht worden. Diese nämlich versucht Heimbach, indem er die auch diesseits vertheidigte Ansicht über die *caussa*, als das eigentlich der *stipulatio* ihre volle Wirksamkeit gebende Element, welches bei den formlosen Verträgen des heutigen R. dieselbe Stelle einnimmt, als richtig anerkennt, aus dem älteren deutschen Recht dahin: „mit dem Berufen auf ein Gewohnheitsrecht sei es ohne näheren Beweis nicht abgethan. Die formlosen Verträge seien längst vor Aufnahme des R. R. klagbar gewesen. Der Schlüssel zur Lösung sei vielmehr in der Beweistheorie und in dem System der Beweismittel des älteren deutschen R. zu suchen. In diesem sei der Beweis ein Parteirecht gewesen, und das Hauptbeweismittel der Eid, (d. h. die eidliche Bestärkung einer Behauptung) die wichtigste Frage aber die, wer dazu gelassen werden solle, der Kläger oder der Verklagte, wofür es gewisse Regeln gegeben habe. Wahrscheinlich habe der Angegriffene das nächste Recht dazu gehabt, namentlich in Schuldprozessen. Von Einfluss dabei sei gewesen, wie sich der Verklagte vertheidigt habe; nur wenn er geleugnet, schuldig zu sein, sei er der Angegriffene, d. i. der, welcher sein Gut behalten, während der Kläger es ihm abgewinnen wolle. Nichtschuldigsein und Bezahlthabenwollen sei dabei für einerlei erachtet worden, indem in beiden Fällen das Dasein der Schuld in Abrede gestellt werde. Anders, wenn der Verklagte die (ursprüngliche) Schuld zugestanden, dagegen aber durch den Kläger losgelassen worden zu sein behaupte; dann erscheine letzterer als der, welcher sein Geld behalten wolle und daher das Recht des Schwurs gehabt habe, nämlich darüber, ob er den Verklagten losgelassen habe. — Auf den Entstehungsgrund der Schuld sei es dabei von vornherein nicht angekommen. Nur wenn der Verklagte, was ihm zugestanden, eine bestimmte Erklärung verweigert habe, bevor derselbe angegeben sei, habe sich der Kläger darüber erklären müssen. Anderen Falls habe sich der Richter nicht darum bekümmert. — Mit dieser Beweistheorie hänge nun der Grundsatz von der Klagbarkeit der formlosen Verträge also zusammen: in sofern der aus einem Versprechen Angegriffene habe bekennen oder schwören müssen, habe darin, ungeachtet der Reception des R. R., ein Hinderniss für die Annahme der Stipulation gelegen. Die spätere Verwandlung der Beweistheorie, wonach das Recht zu beweisen zur Pflicht geworden (und das Erbieten zur Beeidigung in Eidesantrag überging), sei ohne Einfluss hierauf, und der Grundsatz, dass jedes Gelöbniss ohne

die einzelnen Geschäfte zu unterscheiden, ob die ganze Gültigkeit der Verhandlung darüber davon abhängig gemacht ist, oder ob darin wenigstens ein Vertrag auf dessen Vornahme in gesetzlicher Form enthalten und ein solcher, als ein Pactum de contrahendo (s. nachher Nr. 1. a. E.) als gültig anzuerkennen ist. Im letzteren Fall nämlich kann dem Vertrag die Wirksamkeit nicht versagt werden[4]. Im

bestimmte Form klagbar sei, in unveränderter Geltung geblieben. Dies sei indessen nicht so zu verstehen, dass der formlose Vertrag an sich, gleich der Stipulation, klagbar sei, sondern es sei dazu allerdings etwas Materielles, die *caussa* des R. R., erforderlich; denn mit dem Wegfall des Parteieides und des Grundsatzes, dass bei Klagen um Schuld der Verklagte bekennen, oder die Schuld abschwören müsse, woneben der Entstehungsgrund nur auf Verlangen des Verklagten zur Sprache und Verhandlung gekommen, sei ein so allgemeines Klaganbringen um Schuld unzulässig und die Angabe der *caussa* allgemein nothwendig geworden." — In dieser Ausfühung finde ich nur das vermeintliche Hinderniss der Annahme der Stipulation nicht überzeugend dargethan. Möglich wäre sie doch wohl gewesen, hätte die Stipulation, selbst nationeller Natur, (denn s. die auf gewöhnliche Käufe angewendeten Formeln bei *Varro de R. R. Lib.* II. c. 2. §. 6., c. 3. §. 6., c. 4. §. 9., c. 5. §. 12., c. 6. §. 5., c. 8. §. 6., c. 9. §. 9.) unserer nationellen Sitte nicht zu wenig zugesagt, und (denn fehlt es an Rechtsgewohnheiten als Seitenstücken zur Formalität der *stipulatio* auch bei uns hier und da wenigstens nicht ganz, vgl. Unterholzner im Arch. Bd. IX. S. 430 f.) wäre nicht doch wohl das rein Formale als ein obligatorisches Element den Deutschen fremd gewesen u. im Ganzen geblieben, so dass z. B. auch die Wechselobligation später als etwas ganz Neues, Eigenthümliches erschien. Bewiesen aber ist übrigens der gewohnheitsrechtliche, resp. aus dem deutschen Recht in das gemeine vermittelte Ursprung der Klagbarkeit der formlosen Verträge durch Heimbach allerdings so genügend, dass dieses Gewohnheitsrecht rücksichtlich seiner Eigenschaft wohl kaum weiter einer Anfechtung ausgesetzt sein wird. — Uebereinstimmend mit dem Vorstehenden ist die Abh. von O. Stobbe zur Gesch. des deutschen Vertragsrechts S. 8 ff., s. auch die Rec. dieses Buchs von J. Hillebrand in der Hdlbrgr. krit. Ztschr. Bd. III. S. 370 ff. u. das. Anm. [7] ältere Lit. über dieselbe Ansicht. Dagegen behauptet Arndts (vgl. unten Zus. zu Anm. [25]) jetzt in der Krit. Ueberschau Bd. IV. S. 223. ganz direkt und unumwunden: „der Verpflichtungswille, nach heutigem Recht formlos erklärt, habe an sich Kraft, eine klagbare Obl. zu begründen. Dass ihm subjektiv irgend ein Motiv, das zugleich den juristischen Charakter des Rechtsgeschäfts näher bestimmen möge, zu Grunde liegen müsse, verstehe sich von selbst, aber zur Substanz des obligatorischen Versprechens im Allgemeinen gehöre eine bestimmte *caussa* nicht, — es könne nur wegen Mangels der zu Grunde liegenden *caussa* einer Anfechtung unterworfen sein." Er sagt sich dann von der Theorie der *caussa obligandi* (S. 237 f.) vollständig los, die er nur als Bestimmungsgrund, als Willensrichtung für die ernstliche Eingehung eines obligatorischen Versprechens beibehält; der Wille an sich genüge zur Erzeugung der Verpflichtung; objektiver Mangel der *caussa* begründe nur Anfechtung durch *condictio* oder *exceptio*. Dies, und also die Zulässigkeit einer Klage aus einem Versprechen ohne hinzugefügte in der Klageschrift ausdrücklich zu bezeichnende *caussa*, ist es, was ich entschieden in Abrede stellen muss. Arndts scheint das Bedenkliche seiner Ansicht zu fühlen, wenn er, Falls eine andere Absicht nicht ausgesprochen oder erkennbar sei, behauptet, „so müsse *animus donandi* angenommen werden." Wer will aber das unterschreiben? und was wird hierneben aus der Formvorschrift der Schenkung über 500 *sol.*?

[4] Als Beispiel weiss ich nach gemeinem Recht nur den emphyteutischen Kontrakt in den Fällen zu nennen, wo es seiner schriftlichen Abfassung bedarf, s. §. 55. III. bei Anm. [30], der Beabredung eines solchen glaube ich schon vor der letzteren diese Wirkung beilegen zu müssen. Welche Beispiele Thöl, Handelsrecht S. 178. vor Augen hat, der den obigen Unterschied lehrt, ist nicht ersichtlich. Uebrigens ist das Obige auf die deutschrechtlichen Vorschriften ähnlicher Art, wie das röm. Obl.-R. überhaupt auf Verträge deutschen Ursprungs anwendbar. Die Vorschrift des R. A. v. 1551. §. 78. 79., wonach Schuldverschreibungen der Christen an Juden nur dann gültig sein sollen, wenn sie vor dem ordentl. Richter der ersteren aufgenommen worden sind, ist doch wohl als antiquirt zu betrachten. Vergl. Unterholz-

ersteren hingegen kann nicht einmal diese eingeräumt werden, indem damit ein Anspruch auf das Interesse begründet, und somit das Geschäft mittelbar gültig sein würde [5]. Selbst die Erfüllung eines solchen formlosen Geschäfts ist ohne Wirkung, und das Gegebene kann zurückgefordert werden, indem hier nicht nur wissentlich eine Nichtschuld geleistet, sondern auf den Grund eines rechtlich für ungültig erklärten, also verbotenen Geschäfts gegeben worden ist [6]. Es kann ferner bei der einem Vertrag vorangehenden Verabredung, welcher dessen nicht bedürfte, ausdrücklich die Hinzufügung einer Form beliebt werden; dann ist der Vertrag selbst nicht eher gültig und bindend, bis diese Form hinzugekommen ist; hat namentlich eine schriftliche Urkunde, oder eine notarielle oder gerichtliche Verhandlung darüber angefertigt werden sollen, so tritt dieses erst mit der Unterschrift der Paciscenten unter die vollendete Reinschrift derselben oder mit der Vollendung der eigentlichen Urkunde selbst ein, und es findet auch bis dahin willkührlicher Rücktritt Statt, so dass aus der Beabredung dieser Form nicht auf Erfüllung derselben geklagt werden kann [7]. Ist die Abfassung einer schriftlichen Urkunde erst, nachdem die Ueberein-

ner Schuldverh. Bd. I. S. 64. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 246. n).

[5] So bei den Schenkungen über 500 *sol.* ohne gerichtlichen Vortrag; auch diese aber mögten das einzige Beispiel sein. Vergl. Eichhorn deutsch. Priv.-R. §. 93. 2. Thöl a. a. O. S. 180 f. unterscheidet noch solche Fälle, wo die Schrift nur zur Klagbarkeit erforderlich sei, allein dergleichen gemeinrechtliche giebt es nicht, sondern nur deutsch-partikularrechtliche, s. Eichhorn a. a. O. 3.

[6] S. Thöl a. a. O. S. 180. A. M. Eichhorn a. a. O. 2. c) wenigstens für einseitige Geschäfte, hier also die Schenkungen, s. aber §. 23. Anm. [41].

[7] C. 17. *de Fide instrum.* pr. *I. de Emt. et vend.* (fr. 2. §. 1. *de Contr. emt.*); hierin liegt also eine gesetzliche Interpretation der Verabredung, *in scriptis fieri*, *in instrumento recipi contractum*, welche mithin als dem Vertrag vorhergehend zu denken ist, so dass bis zur Vollziehung der Urkunde nur Traktaten Statt finden, s. nachher im Text Nr. 1. Die Unterschrift ist hier also das entscheidende Ja, welches bis zu diesem Moment immer noch suspendirt und der Willkühr anheimgegeben ist. In der Hauptstelle, der Konst., ist dies auch auf die von Tabellionen gefertigten Instrumente ausgedehnt, und zwar sind die Worte: *et si per tabell. conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint*, namentlich die letzten, ebenfalls von der Unterschrift zu verstehen. Dasselbe muss nun nothwendig auf unsere heutigen gerichtlichen (*voluntar. jurisd.*) Verhandlungen ähnlicher Art, wenn solche ausgemacht worden, bezogen werden. Glück Komm. Bd. IV. S. 567. scheint auch das Vorlesen der aufgenommenen schriftlichen Verhandlung für wesentlich zu halten, allein die aus der Notar.-Ord. von 1512. §. 71. cit. Stelle hat nur auf Notariatsurkunden Bezug, und muss allerdings auch auf gerichtliche bezogen werden; aber bei Privaturkunden ist bei vorhandener Unterschrift offenbar die Bekanntschaft mit dem Inhalt vorauszusetzen. Eine andere Frage nun ist es, ob die totale Wirkungslosigkeit der Verhandlung bis zur Unterschrift auch auf die Verabredung anderer Formen, z. B. Zuziehung von Zeugen, gerichtliche Bestätigung, auszudehnen sei? Thöl scheint nach S. 184. 2 dieses zu bejahen; nach m. E. ist zu unterscheiden, ob ausdrücklich ausgemacht worden, dass der Vertrag völlig davon abhängen und nicht eher gültig sein solle, welchen Falls freilich bis dahin nur Traktaten gepflogen werden, und beliebiger Rücktritt statthaft ist, ist jedoch das wesentlich Erforderliche in Ansehung des Vertrags vollendet, und nur diese Förmlichkeit, wenn auch gleichzeitig, noch ausserdem festgesetzt worden, so kann ich ihr nicht die Auslegung, wie für die gleichzeitig beabredete Abfassung einer schriftlichen Urkunde, beilegen; ein bejahender Schluss nämlich könnte nur vermöge der Analogie auf dieselben Stellen gegründet werden, zu einer solchen halte ich mich aber rücksichtlich der darin enthaltenen offenbar sehr singulären Bestimmung nicht für berechtigt. Ob nun eine Verabredung der ersten oder der zweiten Art anzunehmen sei, z. B. es wäre einem schriftlich aufgesetzten Vertrag beigefügt worden: es sollen die Unterschriften noch gerichtlich rekognoscirt, der Vertrag gerichtlich vorgetragen werden, oder: noch drei Zeugen zugezogen werden, kann zweifelhaft sein; im ersten Beispiel halte ich den Vertrag für völlig bindend,

stimmung rücksichtlich des Vertrags selbst schon feststand, ausgemacht worden, so kann jener nur der Zweck eines Beweismittels beigelegt werden, und es ist der Antrag auf deren Aufnahme auf den Grund des Vertrags wirksam [8]. — Rücksichtlich der mündlichen Nebenbeabredungen zu schriftlich aufgesetzten Verträgen ist endlich zu bemerken, dass, wenn die Schrift für letztere gesetzlich vorgeschrieben ist, jene gar nicht gelten können, wenn nicht, so müssen sie vollständige Kraft haben, wobei darauf zu achten ist, ob nicht, was möglich wäre, darin eine Aufhebung des schriftlich eingegangenen oder eine Erneuerung des früheren Verhältnisses enthalten ist [9]. — Soweit nun nach dem Bisherigen Förmlichkeiten nicht erforderlich sind, ist mit der einfachen Uebereinkunft über alle wesentliche Punkte desselben der Vertrag bindend, und eine wirksame Obligation eingetreten, sie ist mit anderen Worten perfekt. In Zusammenhang damit stehen aber noch folgende Punkte:

1. Dem Abschluss eines Vertrags können Einleitungen und Verhandlungen über sein Zustandekommen und seinen Inhalt vorausgehen, welche sowohl in ganz unverbindlichen Besprechungen und Gedankenaustausch bestehen, als selbst die Eigenschaft von Verträgen annehmen können. Zu den ersteren gehören auch die Propositionen und Anerbietungen, und zwar auch in der Form bestimmter Zusagen und Versprechen; dieselben können daher widerrufen werden, so lange ihnen keine Annahme von der anderen Seite entspricht, wodurch sie in einen Vertrag übergehen würden. Hierbei wird die Frage wichtig, wie lange nach dem Anerbieten eine solche Annahme mit diesem Erfolg noch erklärt werden könne? Darüber entscheidet vor Allem die von dem Proponenten gestattete Frist, denn nach deren Verlauf dauert das Anerbieten nicht mehr fort; indessen ist diese selbst wieder eine Nebenproposition von gleicher Natur, und daher kann, wenn keine besondere Acceptation der letzteren erfolgt ist, die Erklärung der Annahme in Folge der Gestattung einer solchen Frist binnen derselben nur dann wirksam werden, wenn diese selbst nicht vorher widerrufen ist, und das ist im Vergleich dazu, wenn keine Frist bestimmt worden, nur in sofern etwas Eigenthümliches, als ohne ausdrückliche Bestimmung einer solchen die Erklärung den Umständen nach als zu spät erfolgt erscheinen kann. Eine einfache Proposition oder Zusage nämlich soll und will Dem, welchem sie geschieht, nur die Möglichkeit einräumen, sie anzunehmen, sie spricht aber die Absicht aus, dass im Fall der Acceptation, also des Einverständnisses, ein Vertrag bestehen solle. Bevor dieses nicht erfolgt, kann das Anerbieten widerrufen

und den Antrag auf Vornahme der Förmlichkeit für rechtlich begründet, im zweiten nicht, denn da die Zeugen eine Thatsache bezeugen sollen, diese aber hier nur den Abschluss des Vertrags, resp. einer Wiederholung der schon geschehenen Erklärungen, sein kann, so muss nothwendig dieser bis dahin ausgesetzt sein, denn sonst hätte die Zuziehung der Zeugen keinen Sinn. — Der Vertrag wegen einer *arrha* besteht übrigens nach c. 17. *d.* für sich, und wird hierbei nicht weiter berührt, s. §. 99. II. — Ueber die Form und Abfassung der schriftlichen Urkunden endlich s. Thöl a. a. O. S. 186 ff. Vergl. noch Anm. [9].

[8] Vergl. Thöl a. a. O. S. 185 f. S. noch folg. Anm.

[9] Thöl S. 191 f. Vergl. Bd. I. §. 18. Anm. [33]. — Hiermit ist jedoch nicht zu verwechseln, dass, wenn nach mündl. Verhandlungen über ein Rechtsgeschäft zur schriftlichen Abfassung und Vollziehung desselben geschritten worden ist, in der Regel nicht angenommen werden kann, dass ausser dem Niedergeschriebenen auch noch, was ausserdem mündlich verhandelt ist, als Kontraktsbedingung gelten solle, vielmehr ist dann anzunehmen, dass das wirklich Vereinbarte in der schriftlichen Form enthalten und dadurch ihm Ausdruck gegeben sei. Vergl. Thöl's Sammlung der Entscheidungen des Ober-Appellations-Gerichts zu Lübeck, Nr. 38.

werden, weil dadurch an sich noch keine Obligation entsteht[10]. Da nun Der, welchem es geschehen, weder zur sofortigen, noch zu einer ausdrücklichen Erklärung überhaupt verpflichtet ist[11], (weshalb auch namentlich Anerbietungen und Erklärungen mit dem Beisatz, dass man, wenn eine Gegenerklärung ausbleibe, bejahendes Einverständniss, oder einen gewissen positiven Willen des Anderen annehmen werde, ganz unzulässig und wirkungslos und ein rechtlicher Zwang der Art nirgends begründet ist[12],) eine solche also ganz ausbleiben kann, so ist der Anbietende auch berechtigt, wenn sie unter solchen Umständen nicht erfolgt, wo er sie, nach dem Gebrauch im Geschäftsverkehr und einer verständigen Denk- und Handlungsweise erwarten durfte, falls der Andere überhaupt die Absicht, darauf einzugehen, haben sollte, das Anerbieten als abgelehnt zu betrachten. Dabei kommt es namentlich darauf an, ob beide Theile gegenwärtig miteinander in mündliche Berührung treten, oder von einander entfernt durch Briefe und Boten ihre Erklärungen wechseln[13].

[10] Hier scheint abweichender Ansicht Thöl a. a. O. S. 172., indem er den Satz aufstellt: „der Offerent, welcher sein Anerbieten unter solchen Umständen zurücknimmt, unter welchen ohnedies ein Vertrag zwischen ihm und dem Anderen begründet gewesen wäre, müsse diesem allen Schaden ersetzen, den er in der Voraussetzung, dass jener bei seinem Anerbieten geblieben sei, erlitten; denn zu der Voraussetzung habe er nach Treu und Glauben ein Recht.“ Dies halte ich mit dem unleugbar richtigen Satz, dass der Offerent vor der Acceptation widerrufen könne, für unvereinbar, oder die Bezeichnung der Umstände ist in jenem Satz nicht deutlich genug. Gesetzt, es bietet heute Jemand einem Anderen Waaren zu einem gewissen Preis zum Kauf an, worauf dieser nur erwiedert, er wolle sich die Sache überlegen, und dann an einen Dritten schreibt, ob er ihm die Waare zu einem höheren Preis abnehmen wolle, letzterer sagt zu, und nun ist jener zum Abschluss des Handels entschlossen, in dem Augenblick aber widerruft der erste, — soll dieser da dem Anderen zum Ersatz des Profits gehalten sein? Das müsste ich bestimmt verneinen; Treu und Glauben erfordern ebenso sehr, dass der Andere den Offerenten nicht einen Augenblick nur zu dem Zweck in Ungewissheit lasse, um sich einen Vortheil auf dessen Unkosten zu schaffen, und dass er diesem, so lange zwischen ihnen über das Geschäft Unentschiedenheit herrscht, woran er mehr Schuld ist, wie jener, ebenso sehr gestatte, ohne weitere Folgen von seinem Anerbieten zurückzutreten, wenn ihm das zusagt, als er in diesem Fall die Annahme in der Hand hat.

[11] S. Hommel *Rhaps. Quaest.* Vol. II. obs. 411. Thöl a. a. O.

[12] Vergl. fr. 142. *de R. J.* fr. 8. §. 1. *de Procurat.* Selbst wenn dem Offerenten der angebotene Gegenstand mitgeschickt worden, kann daraus allein, dass er ihn nicht zurücksendet, nicht geschlossen werden, dass er ihn behalten und also auf das Geschäft eingehen wolle, denn es existirt zu einem positiven Thätigwerden der Art keine Verpflichtung für ihn. Er ist daher auch zu keiner Verwahrung verpflichtet, denn auch über das Innehaben der Sache besteht kein obligatorisches Verhältniss zwischen ihm und dem Uebersender. Allerdings darf er sie nicht positiv Preis geben, wenn er sie angenommen hat, denn damit entsteht eine *negotior. gestio*, er muss sie daher entweder nicht annehmen oder, um ganz ausser Verbindung zu kommen, zurücksenden. Vergl. Thöl a. a. O. S. 173. Anm. 9 ff.

[13] Vergl. fr. 2. pr. *de Pactis.* Bei der Verhandlung durch Boten mit blos mündlicher Bestellung ist vorausgesetzt, dass diese richtig übermittelt werde, anderen Falls fehlt der Consensus, während der Bote selbst dem Absender sowohl wie dem Beschickten verantwortlich werden kann, oder auch nicht, vergl. §. 102. Anm. 1. — Besonderer Erwähnung bedarf hierbei die Korrespondenz durch den Telegraphen, wenn Irrungen durch die Telegraphisten vorgefallen sind. Hier entstehen nämlich die Fragen: ob bei der durch den Tel. vermittelten Obl. diejenige Urkunde die eigentliche, den Absender der Depesche bindende sei, welche er der Aufgabestation zum Telegraphiren zustellt, oder die von der Ankunftstation aus dem Adressaten zugekommene? sowie, wer von beiden den durch unrichtiges Telegraphiren veranlassten Schaden trage? (den ziemlich unsicheren Regress an die Telegr.-Anstalt vorbehältlich.) Ueber die erste Frage ist eine Meinungsverschiedenheit hervorgetreten, von der

Das Schweigen eines Gegenwärtigen, dem ein Angebot geschieht, ist darum als eine Verneinung zu betrachten, weil es für die Bejahung eines Heraustretens aus dem Schweigen bedürfte; im Schweigen liegt also hier eine indirekte sofortige Erklärung, und es bedarf keines Widerrufs. Dagegen kann ein einem Gegenwärtigen gegebenes Versprechen unter Umständen allerdings schon dann als angenommen betrachtet werden, wenn er es nicht zurückweist [13a]. Ist das Anerbieten unter Abwesenden geschehen, und die Antwort so lange ausgeblieben, wie sie von dem, welcher jenes acceptiren wollte, nach obiger Bemerkung nicht aufgeschoben werden würde, so ist der Anbieter berechtigt, eine Ablehnung anzunehmen; über die Länge der Zeit hat sich das richterliche Ermessen zu verbreiten, im Zweifel ist immer vorauszusetzen, dass jener die durch gewöhnliche Mittel möglichst schnelle Antwort erwarte, deren Vernachlässigung wird also dem Anderen zum Nachtheil auszulegen sein. Am sichersten werden Zweifel freilich durch ausdrücklichen Widerruf abgewendet; wenn sich aber dieser und die Annahme kreuzen, welche ohne einen solchen als zeitig zu betrachten gewesen wäre, so ergreifen folgende Regeln Platz. Ist der Widerruf dem Anderen kund geworden, bevor er zur Erklärung der Annahme geschritten ist, so

indessen die Beantwortung der zweiten nicht unbedingt abhängig gemacht worden ist. Reyscher in d. Ztschrft. f. deutsch. R. Bd. 19. S. 271 ff. 290. betrachtet das sog. Telegramm lediglich als unbeglaubigte Abschrift der Entzifferung der Zeichen, und erkennt also nur die in der Aufgabestation vorgelegte Schrift als die eigentliche, den Absender bindende und resp. beweisende Urkunde an, da er weder für deren richtige Uebertragung auf den Telegraphen, noch für die Entzifferung der Zeichen, noch für die Abschrift, also für alles Versehen des Telegraphirpersonals verantwortlich sei. Dagegen hält Fuchs, Arch. Bd. 43. S. 95 ff., vielmehr die dem Adressaten von der Ankunftstation behändigte schriftl. Depesche für den Inhalt und die Auslegung der Willenserklärung des Aufgebers dem Adressaten gegenüber als maasgebend und bei entstandenem Process für entscheidend. Dies ist auch m. E. richtig, und zwar darum, weil das Telegraphiren das Organ des Absenders der Depesche, das an den Adressaten gelangende Telegramm aber der von ersterem gewählte Ausdruck seines Willens ist, bei dem etwanige Irrungen von ihm als riskirt betrachtet werden müssen, indem er diese als möglich mit in Erwägung ziehen musste, und dennoch dieses unsichere Korrespondenzmittel wählte. Ob man darin ein „Verschulden“ sehen will, (was beide gen. Schriftsteller gegen das Erkenntniss des Cölner Landger. v. 29. Juli 1856. in der berühmt gewordenen Sache W. gegen O., welche zu diesen Untersuchungen den Anlass gegeben haben, vorwerfen,) oder nicht, kann als irrelevant dahingestellt bleiben; gemeint ist damit wohl schwerlich etwas Anderes gewesen, als die: Veranlassung. Die telegraphische Depesche ist, wie Fuchs schon sagt, einem Brief zu vergleichen, den ein Mandatar Namens des Mandanten geschrieben; oder, was vielleicht noch näher liegt, einem diktirten, oder einem von einem Koncept durch dritte Hand in's Reine geschriebenen und dann abgesendeten Brief, dessen etwanige Schreibfehler in Zahlen, den Sinn ändernden Worten und dergl., der Absender gegen sich gelten lassen muss, soweit der Brief überhaupt gegen ihn beweisende Kraft hat. — Schlüsslich bemerke ich, dass ich den von Bekker im Jahrb. des gem. deutsch. R. Bd. IV. S. 169 ff. aufgestellten Gesichtspunkt (S. 171.) für die Beurtheilung von Fällen dieser Art gar nicht als relevant und maasgebend betrachten kann. Richtig ist allerdings, dass, wenn ein Fehler des Telegramms so augenscheinlich ist, dass der Adressat den Umständen nach auf eine Irrung schliessen musste, also ein *consensus* nicht als vorliegend betrachtet werden kann, ein Geschäft gar nicht zu Stande gekommen ist, also z. B. die Ausführung eines Mandats zu einem *dolus* werden kann. Das aber würde auch bei einem offenbaren Schreibfehler in einem gewöhnl. Brief zutreffen, oder bei einer Bestellung durch einen Boten, die ein unverkennbares Misverständniss enthält. — Das Telegraphiren hat übrigens bekanntlich noch zu vielen anderen Fragen im Rechtsgebiet Anlass gegeben, s. Reyscher a. a. O.

[13a] Hierbei ist aus der faktischen Natur und dem Gegenstand der Verhandlung das Weitere zu entnehmen; vergl. Entsch. des O.-A.-G. zu Lübeck, Samml. v. Bruhn S. 248.

hat jener seinen gewöhnlichen vollen Erfolg; ist dieselbe aber bereits an den Anbieter abgesendet, oder gegen seinen eignen Boten geschehen, wenn auch ihm vor Absendung seines Widerrufs noch nicht zugekommen, so ist das Einverständniss als hergestellt zu betrachten, und dann kommt der Widerruf zu spät. Denn der Anbieter will die möglichen Folgen seines Angebots durch deren Annahme auf der anderen Seite; er stellt diese zur Verfügung des Anderen; erfolgt nun die Annahme, ohne so lange verzögert zu sein, dass, wie oben gedacht, den Umständen nach schon daraus eine Ablehnung gefolgert werden dürfte, bevor der Widerruf dem Acceptirenden kund wird, und zwar unter Vornahme des erforderlichen Akts, um sie zur Kenntniss des Anbieters zu bringen, d. i. der wirklichen Absendung der Erklärung, oder deren Abgabe an den Ueberbringer des Anerbietens, so muss die Einwilligung damit als geschehen angesehen werden, weil die Absendung nach der vom Anbieter gewählten oder gestatteten Art der Verhandlung den Akt und die Aeusserung der Erklärung selbst vertritt [14]. Mit der Beantwortung der Frage, wann

[14] Hierüber bestehen verschiedene Meinungen; die erste geht dahin: es genüge zur Perfektion die Acceptation, damit das Geschäft zu Stande komme, auch wenn der Anbieter sie noch nicht kenne, — s. die bei Thöl S. 174. [13] I. Gen. und bes. Wening im Archiv Bd. II. S. 267 ff., dieser giebt dabei derselben einem Widerruf gegenüber so lange Raum, als der Acceptant diesen noch nicht erfahren hat. Thöl, derselb. Meinung beitretend, mit der näheren Bestimmung, wenn das Ja geschrieben worden ist, legt, allerdings konsequenter, der Revokation selbst (also auch wohl deren Niederschrift) die Wirkung bei, ferneres Acceptiren von dem Moment an auszuschliessen, so dass es des Bekanntwerdens an den Anderen nicht bedarf. Diesem soll dann die Beweislast der Acceptation, dem Offerenten die der Revokation obliegen; doch soll der Andere dann nach dem in Anm. [10] erwähnten Satz Entschädigung zu fordern berechtigt sein. Damit stimmt auch Puchta §. 251. überein. Eine zweite Meinung geht dahin, der Offerent müsse die Acceptation erfahren haben, woraus denn folgt, dass er bis dahin mit Erfolg widerrufen könne; s. die bei Thöl a. a. O. unter II. Gen. und bes. Hasse im Rhein. Mus. Bd. II. S. 371 ff. — Beim Schweigen der Quellen über diese Fragen ist die Meinungsverschiedenheit sehr erklärlich. Nach m. E. ist dies eine Frage, die sicher nur durch eine gesetzliche Entscheidung beseitigt werden kann, denn es werden jeder Beantwortung Zweifelsgründe entgegengehalten werden können. Es handelt sich um den Begriff des *consensus* mit Rücksicht auf den Augenblick seiner Entstehung. Die erste Meinung nimmt den der Acceptation als des definitiven Entschlusses an, und damit übereinstimmend den *dissensus*, d. i. Meinungsänderung auf Seiten des Offerenten als Aufhebung der Möglichkeit zu acceptiren. Die zweite legt Gewicht auf das Kundwerden der Annahme, womit aber, wie Hasse S. 379 ff. selbst zugeben muss, konsequent nicht auszukommen ist. Nach m. E. ist keine von beiden Ansichten richtig; die erste verlangt zu wenig, indem sie einer noch nicht geäusserten blos inneren Willensbestimmung rechtliche Wirkung beilegt; die andere geht zu weit, wenn sie das Bekanntwerden des geäusserten Willens erfordert, wiewohl das immer noch den allgemeinen Grundsätzen von der Willenserklärung angemessener wäre; der ersten Ansicht steht auch noch entgegen, dass es der Annahme, der Vertrag sei nicht zu Stande gekommen, wenn der Moment des Widerrufs als Entschlusses dem der Acceptation als solchen zuvorkomme, zuwider ist, dennoch eine Entschädigungspflicht anzunehmen, denn worin beruht diese Obligation, wenn nicht in dem Vertrag? Vielmehr lässt sich eine den Grundsätzen von der Willenserklärung im rechtlichen Sinn überhaupt angemessenere Gestaltung derselben in dem vorausgesetzten Fall und somit des *consensus* und *dissensus* aus dem im Text eingenommenen Gesichtspunkt erlangen. Denn ein nicht geäusserter Wille ist rechtlich bedeutungslos; darum kann auch der blosse Entschluss des Acceptanten dem geäusserten Anerbieten gegenüber keine Wirkung haben, sondern er muss dagegen geäussert sein; das aber geschieht nicht durch das Niederschreiben eines Briefs oder die Bestellung an einen Boten, es wäre denn eine Rückbestellung an den Ueberbringer des Anerbietens, sondern durch die Absendung beider. Damit aber ist auch

in diesen Fällen der Vertrag perfekt sei, fällt auch die zusammen, wo er dieses geworden sei. — So lange nun noch keine Acceptation der andererseits oder gegenseitig geschehenen Zusagen geschehen ist, werden die Verhandlungen durch den

eine den Umständen entsprechende Art der Aeusserung geschehen, denn es ist damit ein nothwendiges Mittel ergriffen, um dem Anbieter die Erklärung zukommen zu lassen. Dass aber, im Fall der Kreuzung, der abgesendeten Annahme und nicht dem vielleicht früher abgesendeten Widerruf Gewicht beigelegt, rücksichtlich des letzteren vielmehr ebenso wie vom Anerbieten selbst verlangt wird, dass er dem Anderen vor der Absendung der Annahme kund geworden sei, findet seine Erklärung darin, dass, wie schon im Text bemerkt, der Anbieter bis dahin, wo möglichst schnelle Antwort eingehen kann, in Erwägung ziehen muss, dass diese entsprechend ausfallen und der Andere Anstalten zur Realisirung des Geschäfts machen, und somit das Angebot zu Maasregeln von rechtlicher Art, Verpflichtungen in Bezug darauf gegen Andere u. s. w. Veranlassung geben könne, dass er mithin diesen von ihm eventualiter veranlassten rechtlichen Folgen entgegensehen muss, — und dass andererseits der, welchem das Angebot geschehen ist, den möglichen Wechsel des Entschlusses durch Widerruf nicht in Berechnung zu ziehen braucht, und dass er, sobald er seine Antwort zeitig genug absendet, die durch die vom Anbieter veranlassten Umstände bedingte Aeusserung der Annahme wirklich gethan und die Erklärung in der That erlassen hat. — Zur Wirksamkeit des Widerrufs gehört also, dass der Andere diese Aenderung des Willens wirklich erfahren, und nicht vorher schon acceptirt und die Anzeige darüber abgesendet habe. — Dagegen muss, im Fall der Empfänger des Anerbietens ablehnend antwortet, aber, seine Meinung ändernd, eine Acceptation hinterherschickt, und letztere den Offerenten eher erreicht, oder umgekehrt, die zuletzt gegebene, aber zuerst dem Anbieter bekannt gewordene Gegenerklärung entscheiden. Dies wird keinem Zweifel unterzogen werden, wenn z. B. die ablehnende später erlassene Antwort zuerst an den Anbieter gelangt, und er nun vor Eingang der früheren acceptirenden über den Gegenstand disponirt hat, so dass er der letztgedachten nicht mehr entsprechen könnte. Gilt dies nun wider den, welchem angeboten worden, so muss es natürlich auch im umgekehrten Fall von seiner zuerst dem Anbieter kund gewordenen Erklärung gelten; der entscheidende Grund liegt hier darin, dass die Gegenerklärung wirklich geschehen, d. h. nicht nur abgesendet, sondern auch dem, welcher die erste Erklärung seines Willens durch das Angebot aussprach, Antwort zu Theil geworden ist. — Hiergegen verweist Thöl, und also zugleich zur Unterstützung seiner Ansicht auf fr. 2. §. 6. *de Donat.* und fr. 7. *de Divort.* Allein wenn die erste sagt, dass, wenn Jemand, der einen Boten mit Geld, um es mir zu schenken, absendet, vor Ankunft des Boten bei mir, stirbt, dieses Geld mir nicht gehörig werde, — so ist dieses die natürliche Folge davon, dass das Willensvermögen des Schenkers früher erlischt, als der bezüglichen Aeusserung desselben mein übereinstimmender Wille begegnet, es wird mir dann nicht etwas kund, was er will, sondern was er gewollt hat, als er noch lebte; das ist aber kein Wechsel des Willens. Dagegen ist doch in der Stelle indirekt gesagt, dass, wenn der Bote das Geld früher überbringe, die Schenkung zu Stande komme; letzteres erfordert nun Acceptation, diese geschieht hier im buchstäblichen Sinn, resp. sie muss nothwendig geschehen sein, wenn überhaupt von *pecuniam dominii mei fieri* soll die Rede sein können, — und diese Thatsache ist zugleich eine Aeusserung des Willens gegen den gesendeten Boten, mithin beweist die Stelle für meine Ansicht. Nach der referirten gegentheiligen zweiten Ansicht müsste man der Stelle unterschieben, dass, wenn der Schenker am Leben bleibe und einen Boten mit dem Widerruf hinterherschicke, und dieser beim Beschenkten eintreffe, bevor jenem der erste Antwort bringt, die Schenkung nicht zu Stande gekommen sei, und nach der ersten Ansicht müsste man sogar der Absendung des zweiten Boten vor Ankunft des ersten beim Beschenkten, dieselbe Wirkung beilegen; wer will das neben den angeführten, aus der Stelle zu ziehenden Folgerungen, wenn Acceptation erfolgt ist, ernstlich behaupten? Die zweite Stelle aber kann darum hier gar nicht benutzt werden, weil es für die Ehescheidung nach R. R. nicht auf *consensus*, sondern auf einseitigen Willen ankam, was ja darin auch ausdrücklich für den Fall des Widerrufs von der anderen Seite behauptet wird; von einer Acceptation ist also darin ganz und gar nicht die Rede.

Ausdruck Traktaten bezeichnet; mit jener entsteht der Begriff des Vertrags. Dieser selbst aber kann, auf den eigentlichen und Hauptinhalt des Rechtsgeschäfts hingesehen, von sehr verschiedenem Umfang sein, so dass diesseits des vollendeten Hauptvertrags mehrere Entwickelungsstufen desselben, auch in der Eigenschaft von Vertragsverhältnissen, hervortreten können. Wenn nämlich die Verhandlungen zu positiven Resultaten über vorläufige Punkte gediehen, und diese durch Uebereinstimmung festgestellt worden sind, so ist das ein Vertrag und zwar ein sog. präparatorischer. Seinen Umfang und seine Wirksamkeit bestimmt der Inhalt. Von besonderer Wichtigkeit unter diesen, und zwar die Grundlage der übrigen, sind die Pacta de contrahendo, d. h. die Verträge, wodurch sich Paciscenten gegenseitig verpflichten, einen bestimmten Vertrag künftig einzugehen; ohne einen solchen würden präparatorische Verträge anderen Inhalts nicht bindend sein, sondern ihr ganzer Erfolg obschwebend bleiben. Jene nun begründen den Anspruch auf Abschluss des beabredeten Vertrags an sich zwar mit voller Kraft, d. h. auf Vollziehung desselben, oder das Interesse, natürlich aber muss der Inhalt des einzugehenden Vertrags bestimmt feststehen, um eine Forderung darauf richten zu können. Diese Verträge sind immer gegenseitige ihrer Natur und ihrem Zweck nach; bei danach einzugehenden einseitigen Verträgen wird nicht selten der künftige Schuldner als vorzüglich interessirter Gläubiger aus jenen erscheinen, so, wenn Jemandem versprochen worden, ihm zu einer bestimmten Zeit ein Darlehn vorzustrecken[15]. —

(Von fr. 1. §. 1. *de V. O.* ist, beiläufig bemerkt, in dieser ganzen Lehre kein Gebrauch zu machen; es bezieht sich nur auf die Stipulationsform, und über fr. 4. pr. *de Manumiss. vind.*, worauf sich Puchta a. a. O. beruft, s. Glück Komm. Bd. XV. S. 357 f., es ist darin nicht von einem Kontrahiren, von Anbieten und Annehmen die Rede, sondern von Jemandem gestatteten Handlungen, der sie ausführen sollte.) Mit viel grösserem Recht lässt sich dagegen für die diesseitige Ansicht im Allgemeinen fr. 12. *de Scto. Macedon.* nennen. — Zu bemerken ist endlich noch, dass, wenn Zufälligkeiten in solchen Fällen abnorme Erscheinungen hervorbringen können, diese darum nicht befremden dürfen, weil solche bei einer zwischen Abwesenden eingeleiteten Verhandlung und dem darüber nothwendigen Zeitverlauf ganz unvermeidlich sind, — dass unter Anerbieten hier sowohl ein solches zu verstehen ist, wonach der Anbieter Gläubiger des Anderen werden will, als Schuldner, als wenn ein gegenseitiger Vertrag proponirt wird, — endlich, dass die Grundsätze der Verhandlung zwischen Abwesenden auch dann zur Anwendung kommen, wenn die Einleitung, das Anerbieten zwischen Gegenwärtigen geschah, und sie unter solchen Umständen von einander geschieden sind, dass dem Anderen seine Erklärung noch abzugeben freistehen solle, und der Proponent vorläufig bei seinem Anerbieten stehen bleiben wolle. Im letzteren Fall wird es freilich selten an einer bestimmteren Festsetzung der Verhältnisse, einer Frist und dergl. fehlen. — Vergl. jetzt auch Scheurl in d. Jahrb. f. Dogmatik u. s. w. Bd. II. S. 249 ff., der von meiner Ansicht in sofern abweicht, als er der Absendung des Annahmebriefs (oder des Boten) „den ersten Schritt zur Uebermittelung" an den Offerenten, namentlich also schon das Schreiben des Briefs substituirt. Dies hat E. J. Bekker in d. Jahrb. des gem. deutsch. R. S. 342 ff. zu widerlegen unternommen, der dann zu dem Resultat gelangt, (S. 403 f.) dass bei Kreuzung des die Annahme der Offerte, und des diese zurücknehmenden Briefs die Prävalenz davon abhänge, welche dieser beiden einander ausschliessenden Erklärungen dem Adressaten zuerst bekannt werde. Ich glaube beide Ansichten durch die für die meinige obstehend entwickelten Gründe im Voraus widerlegt zu haben, und halte die letztere für die allein richtige nach wie vor. Im Handelsrecht haben sich hierin manche Usancen festgesetzt, die das deutsche Hand.-Gesetzbuch fixiren wird.

[15] Nach R. R. waren diese *pacta nuda* und nur durch Strafstipulationen geltend zu machen, s. z. B. fr. 68. *de V. O.* fr. 122. §. 3. *eod.* die gelegentlich eines Kaufs auf Rückkauf und Vorkauf bezüglichen *pacta* gelten aber allerdings als *adjecta*, s. z. B. fr. 75. *de Contr. emt.* fr. 21. §. 5. *de A. E.* c. 2. *de Pactis inter emtor.*

Ein Begriff, der zwar in der Regel einen bereits abgeschlossenen Vertrag voraussetzt, jedoch auch überhaupt mit seiner definitiven Vollendung zusammenhängt, ist der der Punktationen. Darunter ist der schriftlich aufgesetzte Entwurf einer erst noch abzufassenden förmlichen, oder unter gerichtlicher Mitwirkung aufzusetzenden Urkunde über einen abgeschlossenen Vertrag zu verstehen, welcher dessen wesentliche Punkte umfasst; die Form desselben ist gleichgültig, sobald er diesem Erforderniss entspricht[16]. Soweit es nun weder nach rechtlicher Bestimmung, noch nach besonderer Beabredung einer schriftlichen Urkunde über den Vertrag selbst rücksichtlich seiner Existenz und Gültigkeit bedarf, kann, wie diese selbst, so auch die Punktation nur als ein Beweismittel des Vertrags angesehen werden, und dieser besteht ohne sie für sich[17]. Wenn es dagegen nach jenen Voraussetzungen dieser Form zur Gültigkeit und Vollendung des Vertrags selbst bedarf, so entscheidet sich die Bedeutung der Punktationen danach, dass, wenn die Form eine rechtliche Nothwendigkeit für die Gültigkeit eines Vertrags selbst, oder wenn rücksichtlich anderer bis zur Anwendung dieser Form der Rücktritt vorbehalten worden, die Punktation wirkungslos und nur den Traktaten gleich zu achten ist; wenn hingegen die Form nur für die durch den Vertrag beabsichtigte Entstehung oder Uebertragung eines Rechts, nicht für die Verpflichtung dazu überhaupt, vorgeschrieben ist, so besteht diese letztere vollkommen, sie begründet aber nur einen Anspruch auf Vornahme und Anlegung dieser Form an das Geschäft, um jene Folge herbeizuführen; die Punktation ist dann wiederum nur ein Beweismittel der Verpflichtung[18].

Es ist möglich, dass in Folge der zur Eingehung eines Vertrags Statt gefundenen Verhandlungen, der nachmals nicht zu Stande gekommen, oder zwar nach seinen äusseren Merkmalen zum Abschluss gediehen, aber wegen innerer Mängel ganz oder theilweise wirkungslos und nichtig ist, einer der Betheiligten in Nachtheil geräth, dessen Ursache und Veranlassung nicht von ihm, sondern vom Anderen ausgeht. Da beiden Theilen die selbstverständliche Pflicht der Aufmerksamkeit und Vorsicht in vermögensgeschäftlichen Angelegenheiten nach allen Richtungen hin obliegt, und eine allgemeine Pflicht zum Ersatz des Anderen verursachten Schadens

Gegenwärtig sind dieselben natürlich klagbar und haben eine sehr grosse Wichtigkeit. Auf eine ganz unbegreifliche Weise wirft Wening §. 268. *mutuum* und *pactum de mutuo dando* zusammen und rechnet dann jenes zu den wesentlich zweiseitigen Obl.! Beides sind ganz verschiedene und selbstständige Verträge. Vergl. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 245 ff.

[16] Der Ausdruck Punkt. wird auf verschiedene Begriffe angewendet; zuweilen auf das fertige und vollendete Vertragsdokument, davon ist hier nicht die Rede, — zuweilen auf die schriftliche Aufsetzung von Traktaten, diese sind hier auch nicht gemeint; — zuweilen auf die Aufzeichnung des wesentlichen Inhalts eines Vertrags, dessen Nebenpunkte noch näher bestimmt werden sollen, — hier ist ein Vertrag wirklich vorhanden, über die letzteren aber bedarf es auch noch der Einigung, widrigen Falls gelten die gesetzlichen Bestimmungen nach der allgemeinen Natur des Geschäfts, es erhelle denn die Absicht der Paciscenten ganz klar, dass die Nebenbestimmungen selbst erst das Geschäft als fertig abgeschlossen herstellen sollten. Zu solchen Nebenpunkten gehört auch die Bevorwortung einer Form. Endlich kommt Punkt. in dem oben im Text ausschliesslich angenommenen Sinn vor. (Vgl. Thöl S. 192 ff.) Hierzu bestimmt mich, dass die erste und zweite Anwendung uneigentliche genannt werden müssen, indem damit andere, schon an sich bestimmte Begriffe bezeichnet werden, und das gilt von der dritten auch, soweit die Punktation ein vollendetes Vertragsinstrument enthält; da nun übrigens für sie das Weitere aus allgemeinen Regeln folgt, so schien mir die vierte allein als ein eigenthümlicher Begriff übrig zu bleiben, der näherer Bestimmung in Ansehung der Bedeutung der vorbehaltenen Form bedarf. S. auch Puchta §. 251.

[17] Fr. 4. *de Fide instrum.*

[18] Vgl. oben bei Anm. [4].

nicht besteht, so kann in solchen Fällen Keiner Ersatz des gehabten Nachtheils vom Anderen verlangen, sobald diesem nicht entweder Dolus bei Abschluss des fraglichen Geschäfts zu imputiren ist, oder in Bezug auf den beabsichtigten Vertrag an sich bindende Verabredungen über gewisse Punkte getroffen worden sind, respektive gewisse Verpflichtungen als übernommen erscheinen, die den Charakter eines besonderen, gültigen Uebereinkommens an sich tragen. Z. B. es hätte bei einem, aus nachmals hervortretenden, das Objekt betreffenden Gründen, nichtigen Kauf der Eine zu Folge Verabredung in den Vorverhandlungen gewisse Reisekosten des Anderen übernommen, oder mandatsmässig denselben zu Handlungen veranlasst, mit welchen Auslagen verbunden sind[18a].

[18a] In Bezug auf den oben berührten Punkt hat Jhering, Jahrb. für die Dogmatik u. s. w. Bd. IV. S. 1—112., ein ganz neues Thema in das Rechtsgebiet einzuführen gesucht, „eine *culpa in contrahendo*, oder einen Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen". Er stellt die Sätze auf: „Der Abschluss eines Kontrakts erzeugt nicht blos eine Verpflichtung auf Erfüllung, sondern, wenn diese Wirkung wegen irgend eines rechtlichen Hindernisses ausgeschlossen ist, unter Umständen eine Verpflichtung zum Schadensersatz; der Ausdruck Nichtigkeit des Kontrakts bezeichnet nach römischer und heutiger Sprachweise nur die Abwesenheit jener Wirkung, nicht die aller Wirkung überhaupt". (S. 32.) Wenn er zwar selbst hierin nur eine juristische Möglichkeit für eine kontraktliche Schadensklage nachgewiesen zu haben glaubt, so gelangt er doch, in Anlehnung an einige Quellenzeugnisse, zu dem Resultat, das Gesetz fordere von denen, die einen Kontrakt abschliessen wollen: „Du hättest das nicht thun sollen, Du hättest das Hinderniss kennen müssen, durch Deine Unkenntniss ist der Andere in Schaden gerathen", (S. 34.) und fasst seine neue Theorie in den Lehrsatz zusammen, „das Gebot der kontraktlichen *diligentia* gilt für gewordene wie für werdende Kontraktsverhältnisse, eine Verletzung desselben begründet hier wie dort die Kontraktsklage auf Schadensersatz". (S. 52.) Jhering ist nach eigener Angabe zu dieser Theorie durch die Erwägung einer Anzahl von Beispielen geführt worden, in denen Verträge aus wesentlichem Irrthum (resp. Willenlosigkeit) als nichtig zu betrachten seien, wodurch der Nichtirrende in Schaden gerathe, dessen Ersatz das Rechtsgefühl fordere, was gleichwohl von allen nur ein paar Juristen ausdrücklich lehren, s. bes. Richelmann d. Einfl. d. Irrth. auf Vertr. S. 129 ff. und zwei ausdrücklich verneinen, (Savigny Syst. Bd. III. S. 295. und Wächter Würtemb. Priv.-R. II. S. 749.); bei allen anderen herrscht darüber Schweigen. Zwar berühre das R. R. diesen Gegenstand direkt gar nicht. (S. 23.) Dagegen aber biete es Anhaltspunkte, welche Aufschluss darüber gäben. Diese werden gefunden, in 1) fr. 62. §. 1. *de Contr. emt.* §. 5. *I. de Emt. et vend.* (wohl aus der ersten Stelle entnommen), fr. 8. §. 1. *de Relig.* Sachen *extra commerc.* betr. Kauf, und fr. 8. u. 9. *de Hered. vend.* Kauf einer nicht existirenden Erbschaft. (Vergl. §. 97. Anm. [7a] u. §. 116. Anm. [27] 2).) Die ganze überaus künstliche Beweisführung Jhering's für seine Ansicht, deren Mislichkeit ihm selbst nicht entgeht, und welche sich meist in Parallelen unbestrittener röm. rechtlicher Sätze bewegt, um Anknüpfungspunkte zu finden und positiven Boden zu gewinnen, beruht auf der Annahme, dass, wenn das R. R. in diesen beiden Klassen von Fällen eine Kontraktsklage auf Schadensersatz und Interesse zulasse, alle andere von gleichem Thatbestand gleich zu beurtheilen seien. (S. 8. 10. 40.) Allein der mit Berufung auf fr. 61. §. 5. *de Furtis* und fr. 23. pr. *Pro socio* (vergl. dazu unten §. 113. Anm. [53], [54] und Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 597. [h]), u. §. 121. bei Anm. [56]), in diesem Fall besteht ja die *soc.* schon,) versuchte Beweis der „principiellen Verallgemeinerung der kontraktlichen Schadensersatzklage" mittelst der *culpa*, „eines von den Römern freilich selbst regelmässig nur individuell bestimmten Begriffs (S. 36—40.) ist nicht nur eine zu schwache „Brücke, um von den zwei Fällen der Quellen zu den vielen anderen zu gelangen, in denen das Bedürfniss einer Schadensersatzklage in nicht geringerem Maasse vorhanden" (S. 41.) sein soll, sondern „der vermisste juristische Rechtfertigungsgrund, um, was die Quellen in jenen beiden Fällen bestimmen, auch im Fall des Irrthums eintreten zu lassen", mögte,

2. Die Einwilligung von einer oder von beiden Seiten der Paciscenten kann nicht nur von gestellten Bedingungen abhängig gemacht und dadurch hinausgeschoben werden, sondern es giebt auch eine gewisse, für manche Fälle mit Rücksicht

gleichartige Fälle natürlich nicht ausgeschlossen, doch wohl in Folgendem unschwer erkennbar dargeboten sein. In diesen Fällen nämlich (s. §. 97. bei Anm. [6] ff.) kann es, wenn Schadensersatz soll gefordert werden können, niemals an dem *consensus* der Kontrahenten fehlen, und dieser hat nur darum seinen gewöhnlichen kontraktsgemässen Effekt (die Richtung der Klage auf Erfüllung durch Leistung des Objekts) nicht, weil das Objekt nicht Gegenstand des beabsichtigten Rechtsverhältnisses werden kann, und also seine Leistung unmöglich ist. Im Fall des bei diesem Streit vorausgesetzten Irrthums, d. h. hier der Willenlosigkeit, hingegen mangelt es ja am *consensus*, und dies ist hier der Grund der Nichtigkeit des Geschäfts selbst. Daraus ist es denn auch zu erklären, warum in Fällen der ersteren Art der Gläubiger dann keine Schadensersatzklage hat, wenn er jene Eigenschaft des Objekts gekannt hat, (s. §. 97. Anm. [7]) indem er dann das Geschäft nicht ernstlich gewollt haben kann. — Aehnlich finde ich bei Savigny Syst. Bd. III. S. 303. die Verschiedenheit zwischen dem wesentlichen Irrthum und diesen anderen Fällen nachgewiesen. Er sagt: „Zwar wird hier gewöhnlich auch ein Irrthum über die Eigenthumsfähigkeit, oder das Dasein der Sache vorhanden sein, auch ist in der Regel die Wirkung ebenso, wie beim wesentlichen Irrthum, Nichtigkeit des Geschäfts; dennoch hat dieser Fall eine ganz andere Natur und gehört gar nicht in den gegenwärtigen Kreis der Betrachtung. Zwar werden auch hier gewöhnlich die Parteien in Unwissenheit sein, wodurch man veranlasst werden mögte, diesen Fall mit dem wesentlichen Irrthum über die Eigenschaften in Verbindung zu setzen. Allein der Irrthum ist dabei keineswegs nothwendig, vielmehr wird die Nichtigkeit unbedingt, ohne Rücksicht auf das Bewusstsein der handelnden Personen ausgesprochen, (fr. 8. 15. pr. 34. §. 1. *de Contr. emt.* fr. 1. §. 9. *de O. et A.*) ja sie wird ausdrücklich für den Fall anerkannt, da der Käufer jenen Grund der Ungültigkeit kannte (fr. 6. pr. 34. §. 2. *eod.*). Demnach ist hier überhaupt nicht von einer mangelhaften Willenserklärung die Rede, diese ist vielmehr in sich vollendet, und alles Besondere, was hier eintritt, liegt in einem ganz anderen Gebiet, dem der Ausführung des Willens, oder seiner Wirkungen. Diese Wirkungen aber können nicht in einer gemeinsamen Betrachtung zusammengefasst werden, da sie bei den einzelnen Klassen der Rechtsverhältnisse verschiedenartig sind. So muss also z. B. bei den Verträgen der Fall beachtet werden, wenn die Ausführung unmöglich ist, wegen Untergangs der Sache, oder wegen ihrer Unfähigkeit zum Eigenthum. Desgleichen, wenn der Inhalt des Vertrags wegen seiner Widerrechtlichkeit oder Unsittlichkeit nicht zur Ausführung kommen darf, in welchem Fall auch nicht einmal der Schein einer mangelhaften Willenserklärung vorhanden ist". Wegen Unfähigkeit der Subjekte endlich steht, wenn nicht *dolus* vorwaltet, (wohin natürlich auch schon Verschweigen gehören kann,) der Möglichkeit einer Ersatzklage soviel entgegen, dass Jhering selbst gern gesteht, seiner Sache nicht gewiss zu sein (S. 58.). Ich muss daher der Jhering'schen Theorie mit dem neuen Gebot: Du sollst Dich nicht irren, — wogegen gar keine Entschuldigung Statt findet (S. 36. 37.) — um so mehr entgegentreten, je trüglicher das Rechtsgefühl ist, und je verschiedener es sich nach der individuellen Anschauung gestalten kann. Möge sich Jeder beim Verhandeln über Vermögensangelegenheiten selbst vorsehen, sowohl was Person, als Gegenstand, wie Umstände betrifft; fr. 19. pr. *de R. J.* fr. 203. *eod.* Mit dem Ueberschreiten des obligatorischen *dolus* beim Akt des Kontrahirens würde man sich in ein völlig ungewisses Gebiet verlieren, und das Verlangen, dass, möge immerhin Jemand *optima fide* dabei zu Werke gehen, dennoch ihm auch das noch so unverschuldete Nichtwissen eines Umstands, wodurch bei demgemäs unmöglichen *consensus* der Vertrag nicht zu Stande kommt, der Andere aber in Nachtheil gerathen kann, dazu ersatzpflichtig machen soll, wird (wenn darauf etwas ankäme) ebenso oft nicht minder unbillig und dem Rechtsgefühl zuwider erscheinen, wie in Jhering's Beispielfällen: wenn bei einem auswärtigen Kaufmann durch ein Versehen in der Zahl eine grössere Quantität Waare, als beabsichtigt, bestellt und von diesem abgesendet worden, (Ersatz der Verpackungs- und Versendungskosten) Engagement einer Schauspielerin unter Personenver-

theils auf den Gegenstand, theils auf die Betheiligten vorgeschriebene Art und Weise der Vornahme von Geschäften[19], und zwar namentlich solcher, in Betreff deren es auf Gegenleistung gegen eine bestimmte Leistung ankommt, im Besonderen des Kaufs und Verkaufs und der Verdingung von auszuführenden Arbeiten und Werken, vermöge deren Eigenthümlichkeit die Einwilligung des Einen davon abhängig gemacht wird, welcher von mehreren andererseits zum Abschluss des Geschäfts mit ihm Bereitwilligen das demselben vortheilhafteste Angebot thut, mit welchem dann das Einverständniss feststeht. Das sind die Versteigerungen, bei Verkäufen beweglicher Sachen gewöhnlich Auktionen, und bei denen unbeweglicher, besonders wenn sie unter Leitung öffentlicher Behörden geschehen, Subhastationen genannt[20]. Hierbei steht der objektive Umfang der Leistung von der einen Seite fest, aber verschieden danach, ob sie angeboten oder verlangt wird, wonach dann die Versteigerung im ersteren Fall ein Meistgebot, im zweiten eine Mindestforderung, nämlich rücksichtlich der Gegenleistung, bezweckt. Demgemäs ist dann hierbei auch die Person des einen Paciscenten oder Vertragslustigen von Anfang an bestimmt, die des anderen nicht, sondern es wird dieses erst der Meistbietende oder Mindestfordernde. Der in diesem Weg eingeleitete Abschluss eines Vertrags[21]

wechselung (Ersatz ihrer Reisekosten und bezüglich ihres aufgegebenen bisherigen Engagements) u. s. w. Jhering selbst ist darüber verwundert (S. 73.), „ob die Römer solche so klar zu Tage liegende Gefahr und Unbilligkeit, die in unseren Quellen, so oft sie auch dahingehörige Fälle berühren, gar nicht weiter berücksichtigt sei, wirklich nicht gefühlt haben mögen". Gerade dieses Schweigen bei der sonst doch fast unerschöpflichen Kasuistik ist nun aber so beredt, dass das Bemühen, dennoch eine *diligentia in contrahendo* zu konstruiren, von vornherein als vergeblich und die geschaffene neue Theorie als erkünstelt nicht hätte verkannt werden sollen. Uebrigens fehlt es nicht an Gesichtspunkten, von welchen die mitgetheilten und ähnliche Fälle in einem anderen Licht erscheinen werden und ihre juristische Beurtheilung eine sehr zusammengesetzte Natur haben kann, sobald man die begleitenden Umstände genauer erwägt, und beziehungsweise diese aus den Arten der konkreten Fälle erst noch kennen lernen wird. Die Versendung und Verpackung der Waare z. B. gehört nicht zum Kauf selbst, sondern wird auf Mandat, oder *locatio cond. operarum*, oder sonst einen besonderen, auch möglicherweise (vermöge Usance) stillschweigend für eingegangen zu erachtenden Vertrag zurückzuführen sein, auf dessen volle Wirksamkeit der Irrthum über den Hauptkontrakt, der für jenen nur als Beweggrund erscheint, ohne allen Einfluss bleibt; s. Bd. I. §. 22. III. 3. Aehnlich kann es sich mit der Reise für die durch Personenverwechselung engagirte Schauspielerin verhalten; so schon, wenn ausgemacht worden, sie solle an einem gewissen Tag zum erstenmal auftreten, was ohne Reise nicht möglich ist, u. s. w. Hat sie aber ihr bisheriges Engagement aufgegeben, ohne sich zu vergewissern, ob ihr das neue ganz sicher sei, so mag sie sich das selbst zuschreiben.

[19] Nach R. R. 1) beim Verkauf gerichtl. Pfänder, c. 2. *Si in caussa jud.*; 2) der Güter fiskalischer Schuldner, c. 1. 2. *de Fide et jure hastae;* 3) bei schuldenhalber nothwendigem Verkauf der Güter der Kirchen und milden Stiftungen, Nov. 120. c. 6. §. 2.; 4) bei Verpachtungen der Güter der Kommunen, c. 3. *de Locat. praed. civit.* Irrig wird dasselbe von Mündelgütern behauptet, vgl. Glück Bd. 33. S. 48. ff.

[20] Es kommen auch andere Ausdrücke dafür vor, so namentlich: Verstrich, Licitation u. a. m.; *auctio* auf Kauf bezogen findet sich in den justin. Rechtsquellen, s. z. B. fr. 2. §. 8. *Pro emtore*, *subhastatio* im Cod. Theod., (X. 17. 3.) auch in c. 16. *de Resc. vend.*; sehr uneigentlich wird von einer *subhast. voluntaria* gesprochen, doch ist der Gebrauch des Ausdrucks gangbar: *licitatio* in c. 2. *Si in caussa jud.* bezeichnet das Bieten selbst.

[21] In den Quellen wird der Natur desselben keine Erwähnung gethan, sie ist also aus allgemeinen Grundsätzen zu ermitteln. Auf die Procedur kann hier keine Rücksicht genommen, sondern sie muss überall vorausgesetzt werden; bei freiwilligen Verkäufen namentlich regelt sie sich nach einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Uebereinkunft, besonders

bietet bis zu dessen Zustandekommen eine eigenthümliche Mischung von Verhandlung und bindender Verpflichtung dar. Abgesehen nämlich von besonders beabredeten Bestimmungen und Bedingungen, welche den rechtlichen Charakter und die Wirkung der einzelnen Schritte darin regeln, stellt sich das Verhältniss also. Es ist nothwendig, dass eine Bekanntmachung des Vorhabens vorangehe. In einem wie weiten Kreis diese erfolge, ist für das Wesen der Versteigerung gleichgültig; partikularrechtlich zwar pflegt das für die unter Leitung der Behörden vorgehenden Versteigerungen, wie das ganze Verfahren überhaupt, auch in materiell-rechtlicher Hinsicht, sehr genau bestimmt zu sein; möglich aber ist seine Einleitung auch unter mehreren nur zufällig anwesenden Personen, wenn sich unter ihnen Steigerungslustige befinden, die auf einen augenblicklich gethanen Vorschlag eingehen. Mit der Einleitung der zur Ausführung nöthigen Handlung, und zwar auch mit der Abgabe von Geboten selbst, ist jedoch nicht etwa ein Pactum de contrahendo dergestalt eingegangen, dass der Versteigernde verpflichtet wäre, mit einem der anwesenden Bieter abzuschliessen, sondern es ist hier vermöge der Umstände und der im Zweifel anzunehmenden Absicht der Betheiligten die Sache so aufzufassen, dass der erstere, wenn ihm ein annehmliches Gebot geschieht, seine endliche Einwilligung, den Zuschlag ertheilen, von den Bietern aber jeder mit seinem geschehenden Gebot abschliessen will. Bei nothwendigen Versteigerungen tritt zwar die erstgedachte Absicht nicht hervor, vielmehr pflegt dabei der Zuschlag auf jedwedes höchste Gebot zu erfolgen, dennoch fehlt sie in der That nicht, indem eine solche Versteigerung von irgend Jemandem veranlasst sein muss, und zu jeder Zeit der Antrag darauf zurückgezogen werden kann, übrigens aber die Umstände dann meist von der Art sind, dass jedes Gebot annehmlich sein muss. Beide Theile stehen einander also dergestalt gegenüber, dass der Versteigernde nur im Allgemeinen fragweise die Verhandlung einleitet, ob sich Jemand finde, welcher mit ihm ein gewisses Geschäft machen will, worauf denn der Meistbietende oder Mindestfordernde als Anbieter erscheint, dessen Angebot also der Andere anzunehmen haben würde, um das Einverständniss als eingetreten und damit den Vertrag als perfekt erscheinen zu lassen. Diese Annahme erfolgt wirklich in dem zum Begriff der Versteigerungen gehörigen Zuschlag. Während nun bis dahin bei der gewöhnlichen Verhandlung über Verträge das Angebot zurückgezogen werden kann, wenn nicht die Annahme nach den vorher unter Nr. 1) gestellten Regeln zeitig geschieht, bildet sich hier eine solche Regel aus der Berücksichtigung der Umstände, unter welchen die Versteigerung eingeleitet ist. Es ist nämlich bei solchen stets vorausgesetzt, dass, wenn nicht besondere Vorbehalte geschehen sind, oder eine gesetzliche Frist für den Zuschlag besteht, woran dann der Meistbietende durch Abgabe des Gebots nothwendig gebunden sein würde, die Verhandlung ununterbrochen hintereinander fortgehe bis zum Zuschlag. Wenn nun zwar der Versteigernde, in Ermangelung eines bestehenden Pactum de contrahendo, auch im Lauf der Gebote sein Ausbieten des Geschäfts zurückziehen kann, so unterwirft sich doch jeder Bieter durch das Mitbieten in einer Versteigerung der Möglichkeit des Zuschlags auf sein jedesmaliges Gebot oder seine Forderung, und daher bleibt er daran gebunden, bis dem üblichen, oder im Einzelfall beliebten Her-

unter Hinsicht auf die bekannt gemachten Bedingungen: die der nothwendigen gehört zum Hülfsvollstreckungsverfahren im Prozess. Ueber das röm. Subhastationsverfahren s. *Gothofred. Comm. ad Cod. Theodos.* X. 17. paratitl. und *Sigon. Antiqu. jus pop. rom.* T. I. p. 149. über das *jus auctionis*. Auf das Zustandekommen des Geschäfts hat die Eigenthümlichkeit der Procedur keinen besonderen Einfluss weiter, als in sofern dadurch die Dauer der Verpflichtung des Bieters an sein Gebot bestimmt wird.

gang des Ausrufens und Zuschlagens gemäss der Zuschlag zu erwarten ist, oder schon vorher sein Gebot durch ein dasselbe übertreffendes erledigt wird. Die Stellung beider Theile ist also nur scheinbar eine einigermaassen ungleiche darin, dass eventualiter der Bieter immer gebunden ist, während der Versteigernde noch zurücktreten kann, es giebt sich vielmehr hier nur eine durch die Umstände und die Eigenthümlichkeit der eingeleiteten Form der Verhandlung bedingte Anwendung der Grundsätze vom Anbieten und Annehmen und dem Widerruf des ersteren kund [22]. Mit dem Zuschlag selbst ist aber der Vertrag perfekt, so dass spätere vor-

[22] So löst sich, wie mir scheint, die Streitfrage, ob der, wer bei Versteigerungen mitbietet, sein Gebot vor dem Zuschlag zurücknehmen könne, s. z. B. die bei Glück Komm. Bd. XVI. S. 269. [55] Gen., ferner Wening §. 260. (153.) und Göschen Vorles. Bd. III. S. 368., welche dieses bejahen, indem sie annehmen, dass vorher der Vertrag noch nicht geschlossen sei. Andere nehmen an, dass jedem Gebot stillschweigend der Zuschlag zugesichert sei, wenn kein höheres erfolge, und daher eine *addictio in diem* bis dahin sich von selbst verstehe, nur sei sie keine resolutive Bedingung, wie sonst, sondern eine suspensive, daher dürfe das Gebot nicht zurückgenommen werden, s. Glück a. a. O. S. 268 ff. (bei diesem sind auch eine Anzahl hiermit noch zusammenhängender besonderer Streitfragen von minderer Bedeutung berührt und abgewiesen,) und die dort zahlreich Gen. Auch Puchta §. 252. betrachtet jedes Gebot als einen bedingten Abschluss des Vertrags, und zwar so, dass die Bedingung zum Vortheil beider Kontrahenten beigefügt erscheine, nämlich, wenn nicht binnen der gesetzten oder üblichen Zeit ein besseres Gebot erfolge. Diese nähere Bestimmung bezieht sich wahrscheinlich auf die bei Glück S. 269. [60] nach Anderen vorkommende Behauptung, der jedesmalige Bieter sei bis zur Annahme des besseren Gebots gebunden, der Versteigernde könne also das bessere Gebot eines zweiten Licitanten ablehnen, und einem früheren den Zuschlag ertheilen. Hiervon kann ich mich ebenfalls nicht überzeugen, sondern ich muss vielmehr in dem eingeleiteten und begonnenen Versteigerungsverfahren ein stillschweigendes Vertragsverhältniss zwischen allen daran Theil Nehmenden erkennen, dass die Verhandlung über das beabsichtigte Geschäft nun auch wirklich auf die ihr eigenthümliche ordentliche Weise zu Ende geführt werde, wenn es überhaupt in derselben noch dazu kommen soll. Besteht nämlich zwar zwischen dem Versteigernden und den Bietern, wie schon der Text enthält, kein *pact. de contrah.* dergestalt, dass der erstere seinen Entschluss nicht ändern könnte, sondern kann er allerdings die Versteigerung in ihrem Lauf abbrechen und aufheben, so lässt sich doch nicht annehmen, dass, wenn er überhaupt es zu einem Zuschlag, also einem förmlichen Ende derselben kommen lassen will, er dieses auf eine solche abnorme Weise herbeiführen dürfe, so lange sich noch ein besserer Bieter vor dem Zuschlag findet. Freilich können hier Augenblicke entscheiden, und ein Zuschlag schneller erfolgen, auch wohl absichtlich, als ein ferneres Gebot, worüber Jemand mit sich nur noch augenblicklich zu Rathe geht; dann tritt aber immer der Zuschlag dazwischen. Nach der von Glück vertheidigten Meinung wird aber dem Versteigernden die Wahl unter den Licitanten eingeräumt, was dem Begriff einer Versteigerung und aller Erfahrung nach zuwider ist; vielmehr muss, wenn das beabsichtigt ist, ein ausdrücklicher Vorbehalt darüber geschehen. Glück's einziger Grund für seine Behauptung besteht in der Frage, warum der *hasta* nicht gleiches Recht, wie einem Privatverkäufer eingeräumt werden solle? Wenn es darauf einer Antwort bedürfen sollte, so liegt sie in der Sache selbst, indem wegen Verschiedenheit der Verhandlung, wenn auch, wie der Text ergiebt, die Perfektion des Geschäfts hier wie dort nach gleichen Grundsätzen erfolgt, — wovon aber Glück nicht einmal ausgeht — dennoch auf die Versteigerung keineswegs schlechthin Alles übertragen werden kann, was beim Verkauf aus freier Hand vorkommen kann. — Nach meiner im Text dargelegten Auffassung der Verhältnisse bedarf es, um diese richtig zu bestimmen, der Hinzunahme ausserordentlicher Annahmen gar nicht; sobald man festhält, dass erst durch den Zuschlag der Abschluss des Vertrags geschieht, was sich doch eigentlich gar nicht leugnen lässt, indem ja sonst es desselben nicht bedürfte, und dass jedes Gebot bis ein höheres erfolgt und zuletzt auch das höchste bis zum Zuschlag nur eben ein Anerbieten und der letztere die Gegener-

theilhaftere Anerbietungen denselben nicht rückgängig machen können[23]. Das so

klärung darauf ist, erledigt sich die Vorstellung einer bedingungsweise fortschreitenden Verhandlung von selbst, und die Annahme des bedingten Abschlusses durch das Gebot erscheint nothwendig als unrichtig. Wer das Letztere behauptet, muss auch dem Bestbietenden, wenn höhere Gebote ausbleiben, die Bedingung der Lösung des eingetretenen Verhältnisses also defizirt, ein Recht einräumen, den Zuschlag klagend zu fordern, eine Annahme, von der mir unbekannt ist, ob sie schon wirklich behauptet worden, die aber als Folge unabweislich, andererseits aber ohne Voraussetzung eines *pact. de contrah.* unmöglich ist. Diese aber ist mit nichts zu begründen; es wird ja auch nirgends bezweifelt, dass ein Versteigerungsverfahren bis zum Zuschlag jeder Zeit sistirt und aufgehoben werden kann. Hierdurch erledigen sich ferner eine Zahl damit zusammenhängender öfters erörterter Fragen, z. B. ob der vorletzte Bieter gehalten sei, wenn der letzte nicht zahlen könne, — dass nur die gerichtliche Subhastation die diesseits allgemein behauptete Wirksamkeit habe u. s. w. Dagegen entsteht in Folge der nach partikularrechtlicher Vorschrift öfters, namentlich für die Versteigerung von Grundstücken, theils unbedingt, theils wenn nicht eine gewisse dem Werth verhältnissmässige Summe geboten wird, angeordneten Nothwendigkeit mehrerer Licitations-Termine eine nach dem Bisherigen nicht zu lösende Frage, nämlich, ob und in wiefern der Meistbietende aus einem früheren Termin an sein Gebot gebunden bleibe, bis etwa in einem späteren ein besseres erfolge? Zuweilen ist dies bejahend verordnet, dann fällt die Frage weg. Ist das nicht geschehen, so scheint allerdings die Meinung am meisten für sich zu haben, dass der Bestbietende in früheren Terminen an sein Gebot für die späteren gebunden bleibe, indem jeder spätere doch eigentlich nur eine Fortsetzung des früheren ist, und dass daher das Ausgebot im nächsten mit dem Meistgebot im letzten beginnen müsse. Wenn nämlich, was natürlich vorauszusetzen ist, der Bieter vorher weiss, dass der Zuschlag vor dem letzten Termin nicht erfolgen werde, so muss sein Gebot mit der Rücksicht darauf, also dass er sich dem unterwerfe, als geschehen betrachtet werden; hiermit nämlich bleibt man ebenfalls den allgemeinen Grundsätzen vom Eintritt des Einverständnisses, vom Angebot, Annahme und Widerruf, unter Nr. 1. im Text völlig conform. Dagegen muss eine sehr bedeutende Modifikation dann eintreten, wenn, wie nicht selten, partikularrechtlich mehrere Termine mit der näheren Bestimmung anstehen, dass in einem früheren der Zuschlag nur dann erfolgen werde, wenn z. B. $^2/_3$ der Taxe geboten werden, widrigen Falls ein neuer anzuberaumen, im dritten aber z. B. auf jedes Gebot zuzuschlagen sei. Hier geschieht jedes bis zu den zwei Drittheilen reichende Gebot in einem früheren Termin mit dem Vorbewusst, dass der Zuschlag nicht erfolgen werde, es lässt sich also in Ermangelung besonderer Verordnung darüber nicht annehmen, dass der Meistbietende an sein Gebot gebunden bleiben wolle; das Bieten kann hier überhaupt nur den Zweck haben, zu versuchen, wie stark wohl die Konkurrenz von Steigerungslustigen sei, und welchen Werth die allgemeine Meinung dem Gegenstande beilege; nur wird auch dies nicht sicher erreicht, sondern es bildet sich in diesen Fällen leicht ein diesem Zweck ganz entgegengesetzter Gebrauch aus, wenn Jeder weiss, dass er ungefährdet bis zu $^2/_3$ der Taxe bieten kann. S. noch folg. Anm. — Es ist zuletzt noch des Falls zu gedenken, wenn Mehrere gleichzeitig oder nacheinander ein gleich hohes Gebot thun. Zwar wird es nicht leicht vorkommen, dass dann nicht Einer ein höheres thun wird, wäre jedoch die Frage wirklich zu entscheiden, so kann ich mich nur dahin aussprechen, dass, da sich für keinen ein Vorrecht erweisen lässt, der Versteigernde unter ihnen beliebig Einem muss zuschlagen können. Ein sog. *jus primi liciti*, welches von Manchen behauptet worden, ist nicht zu begründen, s. Glück Komm. Bd. XVI. S. 177. Vergl. Arndts Pand. §. 231. Anm. [4].

[23] Nach R. R. fand hier bei fiskalischen Verkäufen eine Ausnahme Statt, wenn zur Anmeldung der Gebote eine längere Frist gesetzt, der Zuschlag vor deren Ablauf geschehen, und nachher noch ein besseres Gebot erfolgt war, s. c. 4, *de Fide et jure hastae.* Hiervon hat sich die abnorme und ganz unzulässige Analogie hin und wieder gebildet, dass, wenn mehrere Licit.-Termine anberaumt, und in einem früheren zugeschlagen worden, ein später abgegebenes besseres Gebot den Zuschlag rückgängig machen könne, vergl. Göschen a. a. O. S. 369.

zu Stande gekommene Geschäft ist übrigens von den auf andere Weise errichteten nirgends verschieden, sondern steht unter den gewöhnlichen Grundsätzen derjenigen Art von Verträgen, welchen es angehört [24].

3. Das Einverständniss der Paciscenten über den Abschluss eines Vertrags und den seiner Natur nach wesentlichen Inhalt kann die Perfektion des Vertrags dann nicht allein herbeiführen, wenn die Forderung aus demselben auf die Zurückgabe einer dem Schuldner gegebenen Sache, sei es in ihrer Individualität (res non fungibilis) oder in gleicher Zahl und Güte (res fungibilis) gerichtet ist. Dann nämlich ist vermöge des Begriffs der Zurückgabe nothwendig vorausgesetzt, dass die Sache zuvor auch wirklich gegeben sei; denn wiedergeben kann man nur etwas Empfangenes. In solchen Fällen wird also der Vertrag erst durch das Hingeben (*re*) von Seiten des Gläubigers perfekt, ohne dasselbe ist er nicht denkbar und nicht vorhanden, und darauf bezügliche Beabredungen können höchstens Verträge über die künftige Abschliessung der ersteren durch wirkliche Vollziehung sein.

4. Mit dem blossen Einverständniss über die Begründung eines Rechtsverhältnisses wird jedoch natürlich dieser Zweck nur dann erreicht, wenn letzteres von der Art ist, dass es vom Recht überhaupt als ein solches anerkannt ist, s. §. 82. z. A. Die Uebereinstimmung ist m. a. W. so wenig im Stande, Verhältnisse zu obligatorischen zu erheben, welche die allgemeinen Voraussetzungen dazu nicht an sich tragen, als sie überhaupt Rechtsinstitute begründen kann. Dies dürfte hier mit Stillschweigen übergangen und als sich von selbst verstehend betrachtet werden, wenn nicht Ein Punkt gerade hier noch nähere Berücksichtigung finden müsste [25].

[24] Aus der Ansicht, als wäre die Versteigerung eine besondere Art von Geschäft, oder wenigstens, sie äussere einen eigenthümlichen Einfluss rücksichtlich der Erfordernisse und Wirkungen desselben, sind ebenfalls eine Anzahl von Streitfragen entstanden, so namentlich: über die Verpflichtung zur Gewähr und die Verletzung über die Hälfte bei Käufen, s. Glück Komm. Bd. XVII. S. 87 ff. und die dort Gen., ob ein Näherrecht oder Vorkaufsrecht ungeachtet einer solchen ausgeübt werden könne, s. dens. Bd. XVI. S. 158 ff., Bülow und Hagern Erört. Bd. II. Nr. 56. und *Kind Quaest.* T. IV. p. 324., diese sind alle zu bejahen; ob immer ein kommissorischer Vertrag als mit eingegangen zu betrachten sei, s. dens. S. 306 f. Diese ist zu verneinen, der Ersteher ist vielmehr, wie gewöhnlich, zur Erfüllung resp. zur Entschädigung verpflichtet; dass die Sache auf seine Gefahr und Kosten also von Neuem versteigert werden dürfe, wenn er nicht zeitig zahle, lässt sich also durchaus nicht behaupten, wohl aber kommt das als Subhastationsbestimmung, vermöge Gebrauchs oder Partikulargesetzes oft vor. Vergl. Langenn und Kori Erört. Bd. I. S. 139 ff. Dagegen zieht die nothwendige Subhastation zur Aufrechterhaltung der *fides hastae fiscalis* allerdings manche eigenthümliche Folgen nach sich, jedoch nicht unmittelbar, sondern vermöge der damit verbundenen öffentlichen Ladung und der damit verknüpften Präjudizien an alle Pfandgläubiger (s. Bd. I. S. 664. 2,) und sonstige Realprätendenten, c. 5. *de Fide et jure hastae fiscal.* c. 2. 3. *Si propter publ. pensit.*, daher wird denn auch bei diesen ein Vorkaufsrecht wirkungslos, vgl. *Kind l. l.* An einer weiteren Ausbildung partikularrechtlicher Normen auf dieser Grundlage wird es nicht leicht fehlen; sonst sind andere entstehende Fragen nach der Analogie hiervon zu beantworten.

[25] Das im Text folgende Thema hat neuerlich mehrfache ausführliche Behandlung erfahren, welche zum Theil nur in der Auffassung verschieden ist, zum Theil aber auch zu praktisch verschiedenen Resultaten führt; namentlich von Liebe die Stipul. und das einfache Versprechen, S. 76 ff. und Gneist, formelle Verträge S. 113 ff. Hierzu jetzt die Rec. von Schmidt in d. Lpzgr. krit. Jahrb. 1847. S. 20 ff. und Girtanner, die Stipulation und ihr Verhältniss zur Vertragsobligation. Kiel 1859. Die Analyse der rechtlichen Natur des einfachen Versprechens bei ersterem, dass das eigentliche Moment, worauf die rechtliche Gültigkeit der Verträge ruhe, nicht die Uebereinstimmung sei, sondern in den ausserhalb des Vertrags liegenden Verhältnissen, unter wel-

Es giebt kein obligatorisches Verhältniss, in welchem der abstrakte Begriff der Obligation allein als wirksam vorkäme; überall vielmehr muss dieser für den konkreten Fall rechtlich charakterisirt sein. Dazu reicht die blosse Uebereinstimmung

chen es im einzelnen Fall erscheint, und dass darin der Rechtsgrund für das Versprechen bestehe, kann ich im Wesentlichen mit der obigen Auffassung der Sache nur in Uebereinstimmung finden; mit der Anwendung dieses Satzes steht es freilich anders, s. nachher. Gneist macht zwar dagegen geltend, „dass man doch immer wieder auf den Willen als alleinigen Rechtsgrund zurükkommen werde; wenn man sich nur über die Beschaffenheit des juristischen Willens verständige, dessen Kraft stets in ihm, nicht in Umständen ausser ihm liege," und auch ich habe schon früher mich dahin ausgesprochen, (A. L. Z. von 1841. S. 719 in der Rec. des erstgedachten Buchs) dass immer die Einwilligung als Fundament aller Rechtsgeschäfte festgehalten werden müsse, wie fr. 1. *pr. de Pactis* anerkenne, nur vermöge sie nicht weiter Rechtsstoff zu formiren, als ihr das Recht dazu Spielraum gestatte; indessen ist diese Abweichung für das heutige Recht soweit nur von rein theoretischer Natur, ja eigentlich nur eine solche in der Art und Weise der Auffassung derselben Sache und nur für die Formalkontrakte des R. R. von wesentlicher Bedeutung, s. a. E. der Anm. Dagegen fasst der erstere (S. 89 ff.) die Gültigkeit der einfachen Verträge im heutigen Recht, u. den herkömmlich so ausgedrückten Satz, dass *pacta nuda* nach deutschen Rechtsansichten gültig seien, in sofern falsch auf, als er sie „ganz als eine von den bestimmten Formen befreite Stipulation behandelt wissen will, so dass freilich die Rechtsfolge der Form, der erklärten Absicht zu leisten wegen, eintrete, diese aber immer noch einer Beziehung auf eine *caussa* bedürfe, um mit vollem Erfolg zu gelten," d. h. „es gelten jetzt die ersteren gerade so, wie ehedem die Stipul., so dass selbst ein *indiscrete* gegebenes Versprechen eine Klage hervorbringe, und es zu deren Substantiirung keiner *caussa* bedürfe, der Mangel einer solchen vielmehr nur eine *exc. doli* oder *condictio* begründe" (S. 92) und so stehe denn das *pact. nud.* heutzutage der römischen *stipulatio* gleich, (S. 369) d. h. „es bewirke eine formelle Obl., die erst wegen mangelhafter *caussa* durch *exc.* zu entkräften sei." Es ist daher auch gegen diese Ansicht ein entschiedener Widerspruch erhoben worden, s. meine angef. Rec. S. 711. Savigny System Bd. V. S. 141. f) u. Gneist a. a. O. S. 227. 230. Es muss vielmehr die *caussa*, welche Liebe nur als einen Exceptionsgrund betrachtet, zum Fundament des *pactum nudum* schon im Sinn des R. R. hinzugenommen werden, wenn ein solches überhaupt gültig sein sollte (vergl. Anm. 3), und nachdem heutzutage diese klagbar geworden, ist dennoch dadurch keiner derselben für gültig zu erachten, der nicht die *caussa* in sich trägt, m. a. W. die Zahl der gültigen Verträge nicht vermehrt, sondern diese sind nur in der Wirksamkeit höher potenzirt. Mit der *caussa* aber, in deren Anwendung auf die Verträge im heutigen Recht, d. i. dem Verpflichtungsgrund, verhält es sich so: Verträge als Rechtsgeschäfte müssen auf das Vermögen zweier Paciscirenden Einfluss haben sollen, denn sonst sind sie dieses nicht. Ein solcher ist durch sie nur in der zweifachen Weise möglich, dass entweder von jeder Seite eine Leistung beabsichtigt wird, oder nur von einer. Die erstere erklärt sich als ein Austausch im weiteren Sinn und als ein Wechsel von Vermögensstücken, seien dieses auch nur Forderungen auf den Grund gegenseitiger Versprechen, von selbst, denn der ist im Allgemeinen rechtlich statthaft, indem auf ihm der gesammte Rechtsverkehr beruht; hier ist jede Leistung, künftige, gegenwärtige oder geschehene, die *caussa* der anderen, und es kommt nichts darauf an, wenn sie der Zeit nach auseinander liegen, d. h. für eine Leistung die andere als *caussa antecedens* oder *futura* in Betracht kommt. Die zweite erklärt sich entweder dadurch, dass die Leistung nur eine Rückgabe von etwas diesseits früher Empfangenem betrifft, oder, wenn der Eine ohne solche erklärende Rücksicht den Umfang seines Vermögens vermindert und den eines Anderen vermehrt, durch die Absicht einer Liberalität, für welche es hier keine andere Fassung und keinen anderen Begriff als den der Schenkung giebt (fr. 1. *de Donation.*). Der Wille nun, welcher eine von diesen Richtungen hat, ist ein rechtlicher und findet in dieser Absicht seine *caussa*, d. i. seinen Verpflichtungsgrund. Mit dieser bis hierher allgemein gehaltenen Abstraktion stimmt das R. R. in sofern überein, dass es, wenn auch nicht gerade die Gültigkeit der Verträge, so doch die Vermögenszuwendungen überhaupt auf ein *solvere*,

nicht aus, sondern der in ihr sich kund gebende beiderseitige Wille muss auch ein innerlich rechtmässiger sein, um die beabsichtigte rechtliche Folge herbeizuführen. Diese Eigenschaft ist dann vorhanden, wenn den Umständen, welche das beabsich-

donare oder *credere* zurückführt, s. z. B. fr. 20. *de R. C.* fr. 65. §. 4. *ad Sct. Trebell.* fr. 36. *de A. R. D.* fr. 49. *de Solution.* und vergl. überhaupt Liebe a. a. O. S. 86 ff. Gneist S. 116 ff. 125. Der Erstere von beiden rechnet zum *credere*, nach fr. 2. §. 5. *de R. C.*, welches jedoch dazu nicht brauchbar, sondern aus der Interpretation von *credere* in fr. 1. *eod.* zu erklären ist, auch das gegenseitige Zuwenden eines *nomen* (S. 88. 364. 369.), indessen bemerkt der Letztere (S. 127 f.) schon, dass dieses nur in Ansehung der Konsensualkontrakte richtig sei, ausserdem aber nicht, vielmehr hält das R. R. die Nothwendigkeit eines äusserlich wahrnehmbaren bindenden Merkmals fest, vergl. Anm. [3], ohne sich hier mit der blossen Abstraktion zu begnügen. Vergl. noch dens. S. 128 ff. über die Entwickelung der materiellen Kontrakte im R. R. (Weiter geht jedoch das Recht in die Erörterung der *caussa* nicht hinein, d. i. die Motive zum *credere etc.* sind gleichgültig, sie können nur von moralischer Natur sein, und liegen also ausserhalb der Rechtssphäre, doch kommt hin und wieder ein Bezug auf solche Veranlassungsgründe vor, vergl. fr. 52. *de Cond. indeb.* und dens. S. 120 f.) Hieran schliesst sich dann für das heutige R. die Ausdehnung auf die blos durch *consensus*, ohne bereits geschehene Leistung von einer Seite festgestellten, also nur versprochenen gegenseitigen Leistungen ohne weiteren Unterschied des Inhalts, welche ebenso gut den Begriff einer *caussa* herstellen, wie er im R. R. für die vier (fünf) Konsensualkontrakte anerkannt ist, und hierin besteht vorzüglich die heutige weiterreichende Klagbarkeit der Verträge, s. Anm. [3] a. E. Dass wir aber dieses obligatorische Element *caussa* nennen dürfen, dazu berechtigt uns der Vorgang und Gebrauch dieses Ausdrucks in den Quellen. Er kommt nämlich darin theils sehr allgemein vor, so dass ihm eine bestimmtere Bezeichnung nicht weiter beigelegt werden kann, als die eines rechtlich anerkannten Falls der Verpflichtung, s. z. B. fr. 1. pr. 39. *de O. et A.* fr. 9. pr. *de R. C.*, theils auch noch unbestimmt für: das Wesen einer Forderung, s. z. B. fr. 20. *de Donation. inter virum*, fr. 40. pr. *ad Sct. Trebell.* und so denn ausdrücklich gleichbedeutend mit Kontrakt und Oblig. jeder Art, z. B. fr. 1. §. 6. *de Pecun. const.*, — theils in der bestimmteren Bedeutung einer Ursache oder eines Zwecks, die vom Recht als obligirend anerkannt sind, so in allen Verbindungen von *dare ob caussam*, s. z. B. fr. 1. *de Donation.* und den Titel *de Condict. caussa data etc.* (auch fr. 1. pr. *de Pollicitat.*) und hierher gehört denn im Besonderen als eine *species* die *caussa*, welche in eine Gegenleistung gesetzt wird, fr. 7. §. 2. 4. *de Pactis.* — In allen hierher zu zählenden Fällen ohne Ausnahme ist nun das oblig. Element von materieller Natur, d. h. es ist etwas Innerliches vorhanden, was den Willen und die Uebereinstimmung charakterisirt, er ist sich eines Grunds und eines Zwecks bewusst, und ist darum, weil und soweit beides vom Recht für zulässig erachtet worden, selbst ein rechtlicher. Nun ist es aber auch möglich, dass das Recht diesen Gesichtspunkt bei Seite lässt, und das obligatorische Element in eine gewisse Form, Handlungen (Symbole) oder förmliche Rede, oder Schrift setzt, in welcher der Wille und die Uebereinstimmung Zweier kund gegeben ist, so dass mithin diese Form zum Verpflichtungsgrund, zur *caussa*, wird, sobald nur der Wille wirklich (fr. 3. §. 2. *de O. et A.*) auf Begründung einer Forderung dadurch gerichtet ist. Allerdings liegt hierin eine gewisse Rohheit und Unbeholfenheit der Vorstellung von dem Entstehen einer Forderung, aber nicht minder eine vollkommene Bestimmtheit der Aeusserung des Willens. Es lässt sich sogar denken, dass im Beginn der Entwickelung des Rechts bei einem gewissen Volk diese rein äusserliche Vermittelung von Obligationen wegen der Sicherheit der Erkennbarkeit ihres Existentwerdens ausschliesslich oder vorherrschend gilt. Hier kommt es dann also zur Begründung einer rechtsgültigen und wirksamen Forderung nur darauf an, dass das Geschehensollen einer Leistung in der bestimmten Form festgesetzt worden ist. Das R. R. hat nun, wie schon Anm. [3] bemerkt wurde, dem blossen *consensus* mit einer *caussa* keineswegs schlechthin die Wirkung beigelegt, vollgültige Obl. zu begründen, sondern es hielt vorherrschend eine sinnlich erkennbare Aeusserung des Willens als erforderlich fest, während es die Konventionen ohne solche regelmässig als *pacta nuda* bei Seite setzte. Solche Formen hat dasselbe in den *verbis* und *litteris*, aus denen die Verbal- und Lit-

tigte Verhältniss umfasst, vom Recht solche Wirksamkeit zuerkannt ist, dass die unter denselben zu Stande gekommene und auf sie bezügliche Einigung nunmehr als ein wirklicher Verpflichtungsgrund erscheint. Solche Umstände sind in allen den Fällen, wo ein Verhältniss der Art bezweckt wird, welches den Typus eines bestimmten obligationsrechtlichen Instituts an sich trägt, oder als ein Analogon desselben erscheint, die besonderen Voraussetzungen des letzteren; hier wird der bestimmte Inhalt der konkreten Leistung, ja schon die Nothwendigkeit bei Aeusserung

teralobl. entspringen, (s. Anm. 3) aufgestellt, und man hat deshalb diese im Gegensatz zu den anderen, als Materialkontrakten, Formalkontrakte genannt, s. Liebe in der Zeitschrift a. a. O. S. 60. Es ist jedoch dem Einfluss des materiellen Rechts, der *caussa* in diesem Sinn, durch *exceptio doli* (auch *non num. pecun.* s. *Anm.* 28 z. A.) auf sie der Eingang eröffnet worden, Gaius IV. §. 116. fr. 2. §. 3. *de Doli etc.* und es brach sich bald die Ueberzeugung Bahn, dass für ein vollkommen ausgebildetes Recht das letztere das eigentliche und wahre Element sei. Vergl. Liebe S. 81. 83 ff. Dazu jedoch meine angef. Rec. S. 710. und meine Abh. in Sell's Jahrb. Bd. I. S. 260 ff. und Gneist S. 137 ff. Nichtsdestoweniger blieb die Kraft des Formalakts an sich, so lange keine *exc.* dagegen in Bewegung gesetzt wurde, unversehrt und in voller Stärke, um durch Klage zur Verurtheilung zu führen. Vergl. Anm. 48 in der Mitte. Man kann nun nicht sagen, dass hier etwas Inhaltloses rechtliche Geltung erlange, denn es fehlt nicht am Willen, nur ist diesem allein und unabhängig von einem rechtlichen Grund und Zweck durch die Form, in welcher er geäussert worden, obligatorische Kraft beigelegt, und so ist die Form selbst eine *caussa*, in dem Sinn von Verpflichtungsgrund, geworden, für welche man sagen kann, dass die *caussa* in dem Sinn des materiell rechtlichen Gehalts vorläufig präsumirt werde; vgl. Gneist a. a. O. S. 226. In der Anwendung des R. R. in Deutschland sind die Formalkontrakte von denen im justin. R. ohnehin nur der *per verba* noch übrig war, niemals praktisch geworden, und so ist das materiell-rechtliche obligatorische Element allein stehen geblieben. — Die obgedachte Dreiheit, *solvere*, *credere* und *donare*, ist neuerlich für die Vermögenszuwendungen als ausreichend angefochten worden; es könne solchen auch ein anderer rechtlicher Zweck zu Grunde liegen, z. B. *conditionis implendae* oder *dotis constituendae caussa*, eine Vermögensveränderung vorgenommen werden; s. Arndts Pand. §. 80. 2. nach Windscheid v. d. Voraussetz. S. 89 f. Hierbei scheint mir indessen der rechtliche Verpflichtungsgrund mit dem Motiv zum Handeln vermischt zu sein. Eine Leistung *dotis const. caussa* ist gar keine besondere *caussa*, sondern entweder Zahlung oder Schenkung, je nachdem der Besteller der *dos* dazu schon rechtlich verpflichtet war, oder nicht. Aehnlich würde sich ein freilich erst nach seinen konkreten Umständen näher zu konstruirender Fall *conditionis implendae* gestalten. Die Anwendung nun, welche Arndts §. 233. hiervon auf die oben im Text besprochene Lehre macht, d. i. „auf das Erforderniss eines gewissen rechtlichen Zwecks, der den nächsten juristischen Beweggrund enthält, aus welchem die Verpflichtung eingegangen wird (Verpflichtungsgrund, *caussa*) und zugleich den juristischen Charakter des Rechtsgeschäfts näher bestimmt," finde ich dennoch nicht mit der diesseitigen Darstellung in Widerspruch, nur kann ich die den dreien, *solvere*, *credere*, *donare* hinzugefügte vierte Alternative: „oder sonst irgend einen rechtlichen Zweck zu erreichen, z. B. *condit. impl.* oder *dotis const. caussa*," nicht in dieser Eigenschaft neben jenen anerkennen, obwohl kein Zweifel ist, dass darin Umstände liegen, die dem beabsichtigten Verhältniss eine volle Wirksamkeit beilegen. (S. im Text den Satz: „diese Eigenschaft etc."). Denn wenn z. B. A. dem B. einen *fundus* unter der Bedingung vermacht, dem C. sein Pferd für 20 abzukaufen, so tritt für diesen Kauf das Element der Bedingung gar nicht hervor; es bleibt ganz irrelevant, ihre Erfüllung ist nur ein Mittel zum Zweck für B., während der Kauf seine *caussa* für sich in sich trägt. Wenn unter der, dem C. seine Schuld von 80 zu erlassen, würde es bezüglich der *caussa* des Erlasses — der eine *donatio* umfasst, — noch ebenso sein. Wenn unter der, dem C. 100 zu geben, und zu dem Ende B. sich dem C. in einer Handschrift verpflichtet, so ist in diesen Umständen freilich eine vollkommene *caussa* der Verpflichtung enthalten, dennoch wird die Zuwendung an C. immer eine *donatio*, wenn nicht eine *solutio* sein, und von Seiten des B. eine *solutio*. Vergl. übrigens Zus. zu Anm. 3 a. E.

des Willens, sich der in der Sprache gangbaren Kunstausdrücke zu bedienen, — wenn gleich in deren Gebrauch ein Schwanken und dann Zweifel darüber möglich ist, was eigentlich beabsichtigt sei, und dieses im Einzelnen der Auslegung anheimfällt — die nöthige Gewissheit ergeben. In den übrigen unbestimmteren Fällen aber beruht jenes Erforderniss in der Beziehung der Uebereinstimmung auf andere Thatsachen, welche das, was von beiden Seiten gewollt wird, rücksichtlich der motivirenden Veranlassung dazu in sofern näher bestimmen, als das Verhältniss zwischen beiden Paciscenten entweder als ein gegenseitiges erscheint, worin also die Leistung von jeder Seite darum geschehen soll, weil auch von der anderen eine solche schon geschehen ist oder geschehen soll, oder, soweit dies nicht zutrifft, die einseitige Leistung den Charakter der Schenkung an sich trägt. Das erstere nämlich verleiht der Uebereinstimmung darum den Charakter eines Rechtsgeschäfts, weil sie dadurch mit irgend einer bestimmt ausgebildeten Form derselben als verwandt erscheint, und dessen Regeln bei ihm Anknüpfungspunkte der Anwendung finden; das zweite aber ist, nachdem es im praktischen gemeinen Civilrecht keine Form und keinen Formalakt mehr giebt, welche allein schon und für sich diese Kraft haben, das einzige übrige Mittel, welches eine einseitige Leistung rechtlich charakterisiren kann, sobald diese nicht die Eigenschaft eines anderen bestimmten Rechtsgeschäfts annimmt oder in Folge eines bereits bestehenden Rechtsverhältnisses geschieht. In Ermangelung beider ist das Geben- oder Leisten-Wollen oder Sich-Schuldigbekennen durch keinen begleitenden Umstand erklärt, wonach es der Rechtssphäre als angehörig erschiene, es ist seinem Grunde und Zweck nach nicht bestimmt, und somit gewinnt durch diese allein, soweit sie selbst vom Recht für statthaft erkannt werden, der abstrakte Begriff der Obligation konkrete Gestalt[25b]. —

[25b] Der obige Satz enthält das Material zur Beantwortung der Frage, ob und in wiefern „Anerkennung“ einer bereits bestehenden Schuld oder „Abrechnung“ rücksichtlich einer solchen ein neues Schuldverhältniss herstelle, zu dessen *caussa* also jene Begriffe ausreichen, dergestalt, dass daraus eine Klage als genügend substantiirt zu betrachten sei, welche neuerlich häufig erörtert und worüber mannigfaltige Entscheidungen höchster Gerichtshöfe veröffentlicht worden sind; vergl. Schäffer in d. Ztschrft. N. F. Bd. 9. S. 88 ff. und die mitgetheilten Erkenntnisse der O.-A.-Gerichte zu München, Cassel, Wolffenbüttel, Darmstadt und Wiesbaden in: den Blätt. f. Rechtsanwend. in Baiern, 1855. Ergänz. Nr. 1., Ztschrft. für Braunschweig, 1855. S. 67 f. 1857. S. 73., Heuser's Annalen Bd. II. S. 134 ff. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. VIII. Nr. 2. und d. Archiv für prakt. R.-Wiss. Bd. II. S. 503. Bd. III. S. 487 f. und besonders Bd. V. S. 116 ff. (121 f.). Danach ist namentlich die Abrechnung vielfach als ein Rechtsgeschäft, welches in formeller Bedeutung einen selbstständigen Schuld- und Klagegrund enthalte, betrachtet worden, allerdings nicht ohne Voraussetzung adminikulirender Umstände *in concreto:* „wenn sie die Merkmale eines obligatorischen Rechtsgeschäfts an sich trage“, oder mit ähnlichen Beschränkungen und näheren Bestimmungen, welche das Resultat nicht unerheblich zu gefährden geeignet sind und in der That die Sache zur *quaestio facti* machen, was ganz richtig ist. Kürzlich ist eine ganze, recht interessante Monographie über diesen Gegenstand erschienen, d. Anerkennung als Verpflichtungsgrund von O. Bähr, Cassel 1855, in der unter den allgemeinen Begriff des Anerkennungsvertrags als besondere Formen desselben: die Abrechnung, Rechnungsstellung, Schuldschein und Quittung, einfache Anerkennung und der Wechsel (Summenversprechen) aufgeführt werden. Der Verf. bezeichnet (S. 286.) seine Ansichten nur als Versuch, der Stipulationslehre praktische Bedeutung zu vindiziren, und zwar dadurch, dass jene im System des heut. R. sich zeigende Reihe von Geschäften, deren Zweck nicht sowohl auf Begründung neuer rechtlicher Verhältnisse, als auf die erleichterte Verfolgung bereits bestehender im Rechtsweg und ihre Sicherstellung gerichtet sei, auf ihre richtige theoretische Grundlage zurückgeführt werde. Denn auch das nur sei der Zweck der Stipulationen (und Kautionen,) im späteren Recht ge-

Zu der vollständigen Wirksamkeit des hiernach hergestellten Verpflichtungsgrunds gehört endlich noch, dass, soweit die thatsächlichen Voraussetzungen etwas Geschehenes begreifen, dieses auch wirklich geschehen, und nicht blos der Wahrheit zuwider fingirt, oder, was häufiger vorkommen wird, im Augenblick des Abschlusses des Vertrags als geschehen werdend angenommen, und darum bereits als geschehen anerkannt worden sei. Zwar wird in beiden Fällen eine solche, also der Wahrheit zuwider abgegebene Erklärung des Willens in ihrer Kundgebung von einer derselben entsprechenden nicht zu unterscheiden sein, und da sie nur in dieser Aeusserung eintretenden Falls bei der Rechtsverfolgung von Seiten des Gläubigers der richterlichen Beurtheilung vorgelegt und dargethan zu werden braucht, welche sich im Allgemeinen damit begnügt, diejenigen Thatsachen unter das Recht zu stellen, worüber juristische Gewissheit vorliegt, zu welcher die Uebereinstimmung der Betheiligten über die Existenz einer Thatsache vor allen Dingen gehört, ohne weiter nach der materiellen Wahrheit derselben zu fragen, so scheint auch die Verurtheilung des Schuldners unausbleiblich folgen zu müssen. Allein es ist dem Schuldner doch noch anheimgegeben, das wahre Sachverhältniss zu seinem Schutz zur Sprache zu bringen und somit den materiellen Mangel einer Voraussetzung des Vertrags, also, dass die juristische Gewissheit desselben nur eine formelle, der Wahrheit zu-

wesen. Hierbei kommen die weiter unten bei und in Anm. 48 dargestellten und erörterten Sätze wesentlich mit in Betracht, indem B. namentlich die Schuldurkunden nicht mehr allein den Processualisten (als Beweismittel) überwiesen wissen will. Die Wichtigkeit der *caussa* der Verträge und das ihr auch für deren heutige Wirksamkeit innewohnende entscheidende Moment ist er indessen hierbei keineswegs in Abrede (S. 158 ff.). Es kommt also darauf hinaus, dem: „Sichschuldigbekennen“ ohne spezielle, namentlich die ursprüngliche *caussa debendi* durch den darin enthaltenen „Anerkennungsvertrag“ eine Selbstständigkeit zu erlangen, den Begriff der Anerkennung zur *caussa* zu erheben. — Dass hier, namentlich mit Hinblick auf einen zwischen Zweien länger fortgesetzten geschäftlichen und den Handelsverkehr ein Keim zu einer weiteren Rechtsentwickelung vorzuliegen scheint, ist nicht zu bezweifeln. Die Sache ist schon gelegentlich früher ausdrücklich zur Sprache gebracht worden, z. B. von Puchta, kleine Schriften, S. 609., der indessen den „Rekognitivvertrag noch nicht als ein Geschäft für sich mit ausgebildeter Theorie anerkennt, sondern nur als einen Zweck, der sich in verschiedene Formen nach Beschaffenheit der Richtung der Anerkennung einkleidet.“ Dies unterschreibe ich noch heute als richtig. B. selbst unterscheidet nicht nur eine ächte und eine unächte Anerkennung, nur jene enthalte einen bindenden Willensakt, letztere wirke blos in ihrer natürlichen Beweiskraft, sondern er räumt auch die Zweideutigkeit des Begriffs „Anerkennung“ ein (S. 167.). Muss er mithin die Angabe als erforderlich hinzunehmen, welchergestalt die A. erfolgt sei, (das.) und giebt er S. 153. zu, dass auch heutzutage das einfache Versprechen nicht für sich, sondern nur unter Darlegung des Gesammtvertrags, in welchem es enthalten ist, processualisch geltend gemacht werden kann, so ist er in der That nicht in Abrede, dass nur die den konkreten Fall begleitenden Umstände die Frage von der Gültigkeit und Klagbarkeit eines Anerkennungsvertrags entscheiden können (s. bes. noch S. 165 ff.). Dies habe ich ebenfalls schon früher in dem obigen Textsatz, sowie bei und in Anm. 48 und in meiner das. cit. Abh. in den Sell'schen Jahrb. Bd. I. S. 277. 298. 305. vertreten. Nur geht freilich B. in der Anwendung auf gegebene Beispielsfälle (S. 267 ff.) viel weiter, wie ich zugeben kann. (Noch weiter geht der Rec. der Bähr'schen Schrift, Arndts, geleitet durch seine Ansicht über die Entbehrlichkeit der *caussa* zur Konstituirung von Verbindlichkeiten, s. o. §. 96. Anm. 3 a. E., und vergl. die dort angef. Recens. in d. Münchener Krit. Ueberschau Bd. IV. S. 239 f. 243. Darauf, wie gegen Andere, hat Bähr replizirt, Jahrb. f. Dogmatik, Bd. II. S. 283 ff. und 367 ff.) — Einen Einfluss auf das System des heutigen Obl.-Rechts vermag ich daher nicht einzuräumen, und für die Doktrin scheint mir ebenfalls der obige Satz im Text („In den übrigen unbestimmteren Fällen“ u. s. w.) bis zum Notenzeichen und der hinter Anm. 47 auszureichen, im Uebrigen aber als geboten auf die

widerlaufende sei, nachzuweisen[26]. Die Sache nämlich gestaltet sich hier so, und es ist dabei Folgendes zu unterscheiden. Fälle der Art treten namentlich dann ein, wenn es sich um eine Gegenleistung nach einer als geschehen anerkannten Vorleistung, oder um die Rückzahlung eines als empfangen anerkannten Gegenstands handelt. Vorausgesetzt ist also hier, dass der Wille als in dieser Weise vollständig erklärt vorgetragen und dargethan vorliegt; denn leugnet der Schuldner die Willenserklärung oder deren Freiheit (s. §. 22.) überhaupt, so würde es zuvörderst auf deren Beweis und die Ermittelung der dabei eingreifenden Umstände ankommen und schon davon die Entscheidung abhängen. Die Kraft jenes Resultats nun kann der Schuldner durch den angedeuteten Gegenbeweis zerstören. Inhalt desselben ist in beiden Fällen die Negation der erwiesenen, oder bei Eingehung des Vertrags als wahr und geschehen zugegebene Thatsache, wobei es an einer Aufklärung darüber, wie es zu der den Thatsachen widersprechenden Willenserklärung gekommen sei, nicht fehlen wird. Zwar kann, wenn das gelingt, das Geschäft doch noch als ein simulirtes gelten, (s. §. 17. Bd. I. S. 145.) oder auch eine Schenkung sein, so dass das angeblich Geschehene als Beweggrund zu dieser erscheint, welcher für deren rechtliches Bestehen gleichgültig ist (s. §. 22. z. A.), beides wäre Sache der Auslegung im Einzelfall. Trifft aber weder das Eine noch das Andere zu, so ergiebt sich nunmehr, dass der Vertrag in der That ungültig gewesen und nicht zu Stande gekommen ist, indem die hiernach nun als beabsichtigt erscheinende Fiktion ein Factum so wenig zu ersetzen vermag, als andererseits die vorläufige Annahme, dass

besonderen Institute zu verweisen, an deren Formen einzelne Anwendungen jener allgemeinen Sätze sich anknüpfen lassen, oder mit denen sie verwandt erscheinen; also namentlich: das Constitutum, §. 99. III., die Novation (im Sinn des heut. Rechts,) und die Schuldverwandlung, §. 105. unter a., (bes. Anm. [2] und hinter Anm. [16]), und b., §. 108. bei Anm. [10], der Erlass, §. 107. A. 2, (an den beiden letzteren Stellen ist im Besonderen der Berechnung gedacht,) 3, hinter Anm. [17] und B. der Vergleich; den letzteren Begriffen würde sich namentlich der von B. sog. liberatorische Anerkennungsvertrag (S. 163.) anschliessen, soweit nicht einfaches Geständniss ausreicht. — Dem Begriff der Anerkennung für das Rechtssystem einen noch weiteren Umfang zu geben, nämlich in anderen als obligatorischen Beziehungen, also dem Familienrecht, Eigenthum, Erbrecht, ferner in Anwendung auf fremde Dispositionen und im Process, dazu würde aber nicht nur kein Grund vorhanden sein, sondern dies müsste als geradezu unsystematisch abgelehnt werden. Auch will dies B. wohl eigentlich nicht, obschon er auch in diesem Kreis manche wirkliche Obligationen auf Grund der Anerkennung annimmt, die ich nicht einzuräumen vermag, z. B. (S. 191.) in der Anerkennung des Eigenthums von Seiten des Besitzers einer Sache ein obligatorisches Versprechen auf Erstattung des Besitzes. Diese Fälle sind vielmehr theils den allgemeinen Lehren vom Willen, seiner Erklärung und deren Wirkungen, und den Rechtsgeschäften zu überweisen, Bd. I. §. 17. S. 144. I. §. 18. (bes. auch S. 160.) §. 19. I. §. 28. §. 31. [51] z. A., theils den betreffenden besonderen, wie z. B. von der Genehmigung, §. 18. S. 155., der von der Anerkennung von Kindern bei zweifelhafter Vaterschaft, Bd. III. §. 138. II. 1. §. 165. A., ungültiger Testamente, Bd. III. §. 180. S. 487 ff. 657. 734. u. s. w.

[26] Die Zulässigkeit des Gegenbeweises ergiebt sich aus den allgemeinen Grundsätzen von diesem, und im Besonderen aus c. 13. *de Non num. pec.* vergl. mit fr. 25. §. ult. *de Probat.* (vergl. Anm. [48]), sodann aus dem Vergleich der Stellen, welche, bei vorgeschützter *exc. non n. pec.* (s. Anm. [28]) die Beweislast dem Gläubiger auferlegen, mit c. 1. (s. dazu Gneist S. 269 ff.) 2. *eod.* und c. 1. *de Cond. ob turp.*, wonach vor Anwendung der *exc. n. n. p.* auf Schuldscheine die Beweislast der Negation dem Schuldner oblag. Nach diesen Stellen sind nur Urkunden zu einem solchen Gegenbeweis zulässig; nach c. 14. *de Contr. stipul.* sind andere Mittel nicht ausgeschlossen, doch werden sich ausser Zeugen, indem der Eid hier ausgeschlossen bleibt, keine denken lassen. C. 14. X. *de Fide instrum.* hat nicht etwa durch seine allgemeine Fassung hieran etwas geändert.

ein solches erfolgen werde, ohne welches dem Geschäft eine vermöge seiner Natur absolut wesentliche Voraussetzung wirklich fehlt. — Willenserklärungen dieser Art werden selten in anderer Form erscheinen, als in darüber aufgenommenen schriftlichen Urkunden. Diese selbst haben nie die Kraft, eine Obligation herzustellen, das Civilrecht erkennt in ihnen keinen besonderen Verpflichtungsgrund an, sie sind vielmehr unter allen Umständen nur ein Zeichen des Bestehens einer Obligation, also ein Beweismittel derselben [27]. Die Urkunden sind jedoch hierbei von Seiten ihres Verhältnisses zur Obligation noch in nähere Erwägung zu ziehen. Die Aufnahme einer Schrift ist stets zwar ein von dem Geschäft selbst verschiedenes Ereigniss, nicht immer aber ist dieser Akt von dem Abschluss des Geschäfts erkennbar getrennt, vielmehr kann die Urkunde mit dessen Existenz in solchem Zusammenhang stehen, dass dasselbe in ihr gewissermaassen verkörpert wird; dennoch wird so wenig dann, als wenn die Aufnahme der Urkunde dem Bestehen des Geschäfts nachfolgt, die Natur des letzteren durch die Schrift betroffen oder verändert. Hier besteht nun für Urkunden gewissen Inhalts von der ersten Art eine solche, wonach das Geschäft als gleichzeitig mit der Aufnahme jener erst als abgeschlossen und zu Stande gekommen erscheint, eine zwiefache Eigenthümlichkeit [28]. Während näm-

[27] S. Sintenis in Sell's Jahrb. Bd. I. S. 278. (s. z. B. fr. 5. §. 3. fr. 31. *de Pecun. const.* fr. 26. §. 7. *Depos.* fr. ult. *de Probat.* fr. 17. de *Novat.*) und Gneist formelle Vertr. S. 409. Daher giebt es denn auch keinen Literalkontrakt, d. h. keine Obl., welche dadurch allein entsteht, dass über das Schuldigsein allein, ohne Angabe einer *caussa*, eine Urkunde, worin es anerkannt worden, aufgenommen ist. S. dens. S. 268 ff. und ganz ausführlich und gründlich Gneist am angef. Ort S. 321 ff. 360 ff. 373 ff. und S. 388 ff. namentlich auch gegen die Ansicht, dass eine solche aus den Urk. entstehe, denen eine *exc. n. n. pec.* hätte entgegengesetzt werden können, nachdem diese ihre Kraft verloren hat.

[28] Die Lehre von der *querela* und *exc. non num. pecuniae* hat zu vielen Misverständnissen und zahlreichen Streitfragen über deren Wesen überhaupt, wie über fast alle einzelne Punkte Veranlassung gegeben, und eine äusserst reiche Literatur aufzuweisen; diese s. bei Gneist a. a. O. S. 4 ff. Ueber das Verhältniss beider Begriffe zu einander s. weiter unten. In der Hauptsache stehen einander die beiden Ansichten gegenüber, nach deren einer in der *exc. n. n. p.* nur eine Verneinung einer zur Klage gehörigen Voraussetzung, höchstens eine Einrede gegen das Beweismittel, d. i. das Schuld- und Empfangsbekenntniss, nach der anderen eine wirkliche *exceptio* anerkannt wird, nämlich gegen die Klage aus der *literar. obligatio*, welche man in dem *chirographum* zu finden glaubte, nur dass man nun darin etwas Eigenthümliches für jene behauptete, dass die Beweislast auf den Gegner falle; s. Sintenis in Sell's Jahrbb. Bd. I. S. 256 ff.; sie spalten sich wieder in vielfache Fraktionen, s. Gneist S. 10. S. 398 ff. Dass die *exc.* kein einfaches Leugnen sei, ist von selbst klar; dass sie aber keine *exc.* im wahren römischen Sinn sei, nicht minder. Justinian nennt sie einmal ein *beneficium*, c. 5. *In quib. css. i. i. r.* und überall wird sie in Verbindung mit den für *exc.* sonst gewöhnlichen Ausdrücken gebraucht; s. z. B. c. 3. 9. 14. pr. §. 1. 2. 3. 4. c. 15. *h. t.* Es verhielt sich aber mit diesem Rechtsmittel so. Die *exc. n. n. pec.* kommt zuerst und ausschliesslich in den Pandekten, und zwar nur wenige Mal, für diejenige *exc. doli* wider Stipulationen, denen ein Darlehn zu Grunde lag, und die also dessen Rückzahlung betrafen, vor, wodurch der mit der *a. ex stipulatu* Verklagte dieses wahre Sachverhältniss, die *caussa*, zur Verhandlung zog (vgl. Anm. [3] und [25]), s. fr. 4. §. 16. *de Doli exc.* fr. 29. pr. *Mandati.* Im Codex erscheint dieselbe *exc.* (auch *doli* gen., z. B. c. 3. *de Non n. pec.*) wider Schuldurkunden und Empfangsbekenntnisse gerichtet, meist *cautiones* oder *chirographa* genannt, und zwar in dieser Bedeutung ausschliesslich in dem *de non num. pec.* überschriebenen Titel. Dagegen wird *exc. n. n. p.* nirgends vom einfachen Leugnen der andererseits, abgesehen von einer darüber aufgenommenen Schrift, behaupteten Zahlung oder Uebergabe gebraucht, namentlich nicht vom Ableugnen eines angeblich empfangenen Darlehns, und auch nicht, wenn dabei auf ein mündlich etwa vor Zeugen abgelegtes Empfangsbekenntniss Bezug genommen sein sollte. Vielmehr ist in c. 14. *de Non n. pec.* (künftig *h. t.* citirt), worin

lich, wie gedacht, die Last des Beweises, dass der thatsächliche Inhalt einer Willenserklärung, der dabei geschehenen Anerkennung seiner als richtig ungeachtet, dennoch der Wahrheit zuwiderlaufe, woran auch deren urkundliche Abfassung

die letzte allgemeine Reorganisation dieser Lehre getroffen worden, immer nur die Richtung gegen Urkunden vorausgesetzt, und zwar nur gegen solche, die folgende Eigenschaften an sich tragen: 1) wenn der Empfang von *rebus fungib.*, und unter diesen ganz vorherrschend von Geld, bekannt ist, deren Rückzahlung zugleich versprochen worden oder sich von selbst versteht, also gegen eigentliche Darlehnsgeschäfte, einschliesslich der *cautiones* über *stipulationes* in Bezug auf solche, — oder gegen Quittungen über solche Gegenstände; vergl. Sintenis S. 287. 289 ff. Gneist S. 11 f. gegen die von Einigen geschehene ganz unrichtige Ausdehnung, der vorhergedachten Art, und S. 315.; 2) wenn das Geschäft in der Urk. dergestalt als zu Stande gekommen erscheint, dass es gleichzeitig mit dieser oder unmittelbar vorher abgeschlossen ist, oder wenigstens nicht bestimmt schon vorher, wenn auch noch so kurze Zeit fertig und vollendet war; sie muss also zu dem Akt desselben gehörig erscheinen, eine sog. *caussa praesens* enthalten. Entgegengesetzten Falls nämlich wäre seine *caussa* entweder *futura*, und dann bedarf es der *querela n. n. p.* nicht, weil von *pecun. num. esse* nicht die Rede sein kann, — oder *antecedens*, und damit fiele die Aufnahme der Urk. unter einen anderen rechtlichen Gesichtspunkt, s. Anm. [47] u. [48]. (Dahin gehört also auch der Fall, wenn der Schuldschein ein früher gezahltes Darlehn bekundet; vergl. Ztschrft. f. R.-Pfl. in Braunschw. 1859. S. 31.) Die Beweisgründe für diese Voraussetzungen der Anwendbarkeit der *qu. n. n. p.* beruhen in allen den Stellen des Codex, worin *exc. n. n. p.* überhaupt erwähnt wird, und negirende s. ferner in c. 5. 13. 14. *h. t.* fr. 126. §. 2. *de V. O.* vergl. Sintenis S. 277. vergl. mit 292. Gneist S. 286 ff., der letztere namentlich S. 298 ff. wider Unterholzner's (im Archiv Bd. VII. S. 19 ff.) Ausdehnung auf alle *cautiones* ohne Unterschied, worin Jemand den Empfang von Geld oder Sachen bekannt hat, und über die Dogmengeschichte S. 303 ff. Wegen Beschränkung der in den Quellenzeugnissen vorkommenden Ausdrücke auf *res fungib.* s. Sintenis S. 290 f. Gneist S. 300 ff. — Während nun in der ersten der vorhergedachten Anwendungen der *e. n. n. p.* eine wahre *exceptio* enthalten ist, (s. Sintenis a. a. O. S. 255. 281. Gneist a. a. O. S. 8 f.), indem dabei etwas Positives vom Verklagten wider den Formalakt der Stipulation zur Sprache gebracht wird (wegen der Negation s. nachher), ist es mit der zweiten anders. *Cautio* nämlich heisst in der hier eingreifenden Bedeutung die vom Schuldner dem Gläubiger über eine Schuld ausgestellte Schrift, wofür auch *chirographum*, *instrumentum* oder *scriptura* vorkommt, namentlich auch die Urkunde über eine Stipulation oder eine Schuld daraus, mit Einschluss eines Empfangsbekenntnisses; s. hierüber, sowie über andere Bedeut. und die Quellenzeugnisse Sintenis S. 274 f. und Gneist S. 233 ff. 236. 239. 241. 307 ff. Wider solche der zuletztgedachten Art nun behält die *exc.* in der Richtung gegen die Stipulation allerdings auch den wahren Charakter der *exc.* (vgl. Gneist S. 8 f. 265 ff.), denn durch die Aufnahme der Urkunde wird das Geschäft in keiner Weise verändert oder geeigenschaftet, s. Sintenis S. 275 ff. 278., allein gegen die Urkunde, soweit der Empfang darin bekannt ist, und gegen *cautiones* über reine Darlehne nimmt die Behauptung des Nichtempfangs einen anderen Charakter an. Ein solches bleibt, wie ebengedacht, durch Ausstellung einer *cautio* darüber völlig unverändert, jene verneinende Behauptung aber betrifft einen wesentlichen Bestandtheil des Geschäfts selbst, nicht einen ausserhalb derselben stehenden Umstand, sie ist m. a. W. keine selbstständige. Von einer einfachen gewöhnlichen Verneinung der gegnerischen Behauptungen darüber, wie sie eine Klage enthalten muss, ist sie nur darin verschieden, dass sie mit einer früheren schriftlich gegebenen Erklärung über den jetzt geleugnet werdenden Punkt in Widerspruch tritt und diese widerruft. Dagegen aber ist unter solchen Umständen die Ansicht der Sache leicht und natürlich, dass sowohl aus dem Schuldschein, als einer Verkörperung des Geschäfts, geklagt, wie, dass die Einwendungen gegen letzteres dieses eigentlich gegen den ersteren zu sein scheinen. Hier zeigt sich nun wieder ein dem vorhergedachten sprachlichen Gegensatz kongruenter darin, dass in den Pandekten nur selten, in fr. 31. *de Const. pecun.* und fr. 17. pr. *de Doli exc.*, die Vorstellung des *convenire ex scriptura* und *chirographo* vorkommt, ferner *cautio* nicht ein ein-

nichts ändert, dem Schuldner, welcher ihr jetzt widerspricht, obliegt, weil andererseits die Affirmation dessen, was er verneint, durch den Beweis der Aeusserung des Willens zur Verurtheilung sonst hinreicht, findet in Ansehung der Beweiskraft

ziges Mal mit Bestimmtheit für die Schuldurkunde über ein reines Darlehn, vergl. Sintenis S. 279. Gneist S. 236 ff., während im Codex der Ausdruck *ex cautione convenire* ganz gewöhnlich und sehr häufig ist, s. z. B. c. 1. *de Cond. ob turp.* c. (1. 2.) 3. *de Non num. pec.* c. 1. *de compens.*, indem nun das darin enthaltene Geschäft damit bezeichnet zu werden pflegt, vergl. diess. resp. S. 278. und 373 ff. und dass *cautio* regelmässig den Schuldschein über ein Darlehnsgeschäft bezeichnet, Sintenis S. 280. Hierzu hat sicherlich der allgemeiner gewordene Gebrauch der Schrift und der Schuldscheine über Darlehne wie der Stipulationsurkunden, (vergl. diess. resp. S. 255. u. S. 243. 314.) Veranlassung gegeben. Da nun die Existenz des Schuldscheins nicht hinwegzuleugnen ist, so erscheint das Bestreiten seiner Wirksamkeit gewissermaassen wie ein Angriff auf ihn selbst; daher mag der Begriff der *exc. non num. pecun.* hierher übertragen worden sein, was auf jeden Fall als eine Ausartung desselben erscheint. (Vergl. auch Gneist S. 313 ff.) Denn die positive, ihr den wahren Charakter einer *exc.* verleihende, Behauptung, welche sie wider Stipulationen und *cautiones* über diese, wenn in ihnen die *caussa* nicht angegeben war, wirklich enthielt, fehlt in ihrer Richtung gegen Darlehnsurkunden ganz, und ihr eigenthümliches Wesen besteht in der That bei diesen nur darin, dass der Schuldner, wenn er von ihr binnen einer gewissen Frist Gebrauch macht, nicht nöthig haben soll, die Unrichtigkeit seines früheren schriftlichen Geständnisses des Empfangs zu beweisen, sondern, dass dieses wie nicht geschehen, sein Widerruf also wie einfaches Leugnen von vornherein erscheinen soll; eine Wirkung, welche sie in Anwendung auf die Stipulationsurkunden allerdings ebenfalls äusserte. Daher mag man denn bei dem Begriff eines *beneficium* für diese *exc.*, nämlich mit Erfolg in solcher Weise widerrufen zu dürfen, stehen bleiben; s. auch Gneist S. 404. Die praktische Folge hiervon ist die, dass der Schuldner ihre Wirkung nicht durch einfaches Leugnen des Klageinhalts im Process herbeiführt, sondern die *exc.* durch ein selbstständiges Anführen aufstellen muss; (s. jedoch a. E. diese Anm.). Ueberhaupt aber ist die allgemeinere Bezeichnung des Wesens dieses Rechtsmittels: *querela n. n. p.* und die *exc.* nur eine Form davon, die andere ist die *contestatio* oder *denunciatio*, vergl. Anm. [38] und diese letztere ist gleich der allgemeinen Bezeichnung ganz neu und dem Pandektenrecht fremd; vgl. Unterholzner a. a. O. S. 43 f. und ganz bes. Gneist S. 267. Welches die Beweggründe zu dieser singulären Vorschrift gewesen seien, kann jetzt auf sich beruhen, wahrscheinlich lag ein solcher in der Veränderung der Stipulationsformen mittelst der gewöhnlicher gewordenen schriftlichen Urkunden, vergl. darüber dens. S. 20 ff. und über deren Entstehung und Geschichte S. 275 ff. Im Vergleich zu der gleichnamigen *exc.* des Pandektenrechts ist sie nun durch Frist, Wirkung und Umfang ganz bedeutend verändert; während dort der Begriff des *dolus* in der *exc.* vorherrschend und der der *non num. pec.* nur eine Benennung war, ist jetzt der erstere hinter den letzteren zurückgetreten, und dieser hat eine besondere Ausbildung erlangt. Nachdem sie so einmal in's Leben getreten, ist nun aber auch in der Vertheilung der Beweislast, (c. 3. *h. t.* und überall, wo der Beweis zur Sprache kommt,) welche erst später mit der *querela n. n. p.* selbst geschah, (s. Gneist a. a. O.) wie man oft behauptet und mannigfaltige Ansichten darüber aufgestellt hat, (s. bei dems. S. 23 f.) nichts weniger als eine Singularität oder Inkonsequenz enthalten, vielmehr folgt, sobald feststand, dass durch eine solche Behauptung (*querela n. n. p.*) der Urkunde ihre beweisende Kraft entzogen werden könne, die Nothwendigkeit für den Gläubiger, den geleugneten Beweis des Empfangs durch andere Mittel zu führen, aus der Natur der Verneinungen und den allgemeinen Regeln in Bezug auf sie, s. c. 10. *de Non n. p.* c. 23. *de Probat.* fr. 2. *eod.* Auch in der Anwendung auf Stipulationen stellte sich hier schon die Sache nur so, dass der Schuldner die positive Seite der *exc. doli*, d. h. die Existenz der behaupteten *caussa*, zu beweisen hatte, (hier weiche ich von Gneist S. 285. ab, der diesen Beweis auf den Gläubiger schiebt, vergl. Anm. [48]), nicht, dass die danach ihm zu leisten gewesene Zahlung nicht erfolgt sei, vergl. Sintenis S. 281 ff. Unterholzner im Archiv Bd. VII. S. 32. Denn sobald die formelle Kraft der *stipulatio* durch *exc. doli* gebrochen war, war die Wechselwir-

von Schuldscheinen über eigentliche Darlehnsgeschäfte, welche mithin eine Zahlung zu deren Begründung bekennen, wenn der Gläubiger daraus wider den Schuldner Klage erhebt, von Quittungen über den Empfang von Geld und anderen fungibeln Sachen [29] zur Tilgung einer Schuld, wenn der Schuldner solche wider den Gläubiger vorbringt, und von Empfangsbekenntnissen über Zahlung einer Mitgift in Gegenständen gleicher Art [30], die in Ehestiftungen vorkommen, das Umgekehrte mit fol-

kung anderer nun eingreifender Rechtssätze unabweislich. Keine Abweichung oder Inkonsequenz dieser Regeln ist es, wenn in allen den Fällen, wo die *exc.* nicht Platz ergreift, also auch in denen, wo sie versäumt ist, die Beweislast auf den Schuldner fällt; der Beweis der Negative nämlich ist dann nur ein direkter Gegenbeweis, weil durch die zur vollen Beweiskraft gelangte Urkunde andererseits schon die Affirmative dessen, was er leugnet, bewiesen ist. — Mit dem Verschwinden der Stipulationen ist die Anwendbarkeit der *exc. n. n. p.* auf die Schuldscheine über Darlehne und die beiden anderen Arten von Empfangsbekenntnissen, s. Anm. [29] und [31], beschränkt worden, es ist also kein Fall mehr übrig, in welchem sie den wirklichen Charakter der *exc.* behalten hätte. — Für das heut. R. und unseren Process ist noch im Besonderen herauszuheben, dass, wenn erst im Beweisverfahren ein über das Darlehn sprechender Schuldschein als Beweismittel produzirt wird, die *exc. n. n. p.*, wenn sie es sonst von Anfang an war, und nicht die Frist dazu verstrichen ist, auch noch statthaft sein muss, denn die deutsch-processualische Präklusion der Einreden kann sich nicht auf sie beziehen, weil sie diesen Charakter nicht hat, und ausserdem sind durch die Trennung des ersten und des Beweisverfahrens Möglichkeiten entstanden, die der röm. Process nicht kennt, in welchem die *exc.* wider den Schuldschein, gleichviel wann er produzirt worden, *usque ad sententiam* zulässig war. Es ist daher nicht etwa nöthig, diese *exc.* deshalb als eine sog. privilegirte zu betrachten, sondern es ist in dem vorausgesetzten Fall gar nicht möglich, dass sie vor Produktion der Urkunde vorgeschützt, m. a. W. diese in ihrer beweisenden Kraft angefochten werden kann, und da sie nunmehr ganz den Charakter einer gegen die Kraft des Beweismittels gerichteten Einrede annimmt, auch sogleich liquid und bei Ablauf der Beweisfrist dem Gläubiger kein anderweiter Beweis möglich ist, so wird der durch den Schuldschein angetretene, ungeachtet erfolgender Anerkennung seiner Ausstellung, verfehlt sein. Unter solchen Umständen, aber nur unter ihnen, kann man, was Manche freilich irrig absolut angenommen haben, sagen, dass der Schuldschein vor Ablauf der Frist gar keine Beweiskraft habe. Eine radikal abweichende Meinung über die *exc. n. n. p.* sucht O. Bähr in der oben Anm. [25b] citirten Schrift zu begründen; „auch innerhalb der zweijährigen Frist schliesse sie die einfache Beweiskraft des Empfangsbekenntnisses nicht aus, während sie nach Ablauf dieser Frist überall nicht mehr zulässig sei." S. darüber und dagegen die ebenfalls dort citirte Rec. von Arndts S. 220. und Heuser's Annalen d. Justizpfl. in Kurhessen, Jahrg. VI. S. 297 ff. (und über den zweiten Satz nachher Anm. [45]). Diese Behauptung hängt mit den tiefer liegenden und weiter greifenden des Vfs. über die Stipulationen zusammen. Da die gemeine Meinung unbestritten die Praxis beherrscht, kann jene hier auf sich beruhen.

[29] C. 14. §. 2. *h. t.* (von manchen Neueren dann *exc. n. solutae pec.* gen.) über deren historische Entwickelung s. Gneist S. 25 ff.; die Ausdehnung auf sie ist wahrscheinlich erst durch Justinian geschehen. Ders. stellt S. 29 ff. beachtenswerthe exegetische Gründe dafür auf, dass nur solche Quittungen den Darlehnsurkunden hierin gleichgestellt worden seien, wenn über deren Betrag andererseits der Gläubiger einen Schuldschein in Händen hat, eine Beschränkung, deren praktische Wichtigkeit sehr gross sein würde. Gleichwohl wage ich nicht, auf sie hin die gemeine Meinung, welche die *exc.* auf die Quittungen ohne diese nähere Bestimmung anwendet, zu verlassen, sondern halte diese durch das *arg. e contrario* der Ausnahmen des §. 1. *eod.* noch für hinreichend begründet.

[30] Diese Ausdehnung ist in c. 3. *de Dote cauta* geschehen; die *exc.* wird dann auch *n. num. dotis* genannt, c. 14. §. 4. in f. *h. t.* Welches ist aber der wahre Sinn derselben, und welche Art von Empfangsbekenntnissen ist eigentlich gemeint? An der hierüber verbreiteten Ungewissheit ist die ungenaue Abfassung der c. 14. *d.* Schuld. Man findet allgemein ohne weiteren Unterschied „Empfangsscheine" genannt, und danach würde es gleichgültig sein, ob ein

gender näheren Bestimmung statt. Der, wider welchen eine solche Urkunde geltend gemacht wird, kann sie mit der Behauptung anfechten, dass er die darin geschrie-

solches Bekenntniss in den *instr.* oder *pactis dotal.* abgelegt worden, oder in irgend einer anderen Quittung, dann als vorausgesetzt, dass in jenen die Auszahlung nur versprochen, oder, dass das Versprechen nur mündlich erfolgt sei, vgl. die Pandektenlehrbb. u. s. Glück Bd. XXV. S. 246 ff. u. bes. S. 254. 3). Hiergegen hat Gneist a. a. O. S. 42 ff. (unter Beitritt seines Rec. Schmidt in d. Lpzgr. Jahrb. 1847. S. 40., der dabei meine sogleich folgende Auffassung der cit. Constitut. vergeblich zu widerlegen sucht,) die Meinung vertheidigt, die *exc.* ergreife nur gegen eigentliche *instr. dot.* Platz, worin *datam esse dotem* gesagt sei. Solchen, glaubt er auch (S. 33 ff.), sei erst durch c. 3. *d.* (von Justinian) die Beweiskraft der Auszahlung mit Vorbehalt der *exc.* zuerkannt, während ihnen diese in älteren Stellen, bes. in c. 1. *eod.*, versagt, und dieselbe nur auf Bestellung der *dos* beschränkt sei. Um diesen Punkt zuerst zu erwägen, muss ich nun bekennen, wie ich weder in diesen noch in den anderen cit. Stellen eine bestimmte Andeutung finde, dass darin der Inhalt des *instr. dot.* auch die Zahlung selbst als begreifend gedacht sei, mithin für diesen Fall die Beweiskraft nicht verneint ist. Mag auch damals wie später häufig der Empfang vor der Auszahlung bekannt worden sein, indem die *instr. dot.* noch mannigfaltigen anderen Inhalts sind, und die Auszahlung seltener vor Vollziehung der Ehe zu geschehen pflegt, so kann ich doch den Ausdruck *datam esse dotem* und ähnliche, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil aus dem Zusammenhang erhellt, wie z. B. in c. 4. *de Dotis promiss.*, nicht für eine blosse Beabredung der Bestellung, sondern muss ihn als ein Bekenntniss der Aushändigung selbst verstehen, sollte dieses auch nur, und selbst regelmässig, in Voraussicht derselben geschehen sein, und das bestätigt ja c. 3. *d.* ausdrücklich, und es erkennt auch c. 15. *de J. D.* einem *instr.*, welches doch nur als *dotale* zu denken ist, dessen Inhalt in Ansehung des Empfangs der *dos* nicht besonders näher angegeben worden, vielmehr in diesem Punkt als der gewöhnliche vorauszusetzen ist, diese Beweiskraft zu. Dagegen hat es zwar seine volle Richtigkeit, dass vor c. 3. *d.* keine Spur einer *exc. n. n. p.* bei *instr. dot.* vorkommt, aber auch das ist mit einer früheren Beweiskraft der letzteren in Ansehung des *datam esse dotem*, wenn es darin erklärt ist, sehr wohl verträglich, und nicht jene erst durch diese möglich geworden, denn der Grund der Ausdehnung der *exc.* auf *instr. dot.* ist eben nur der in c. 3. *d.* z. A. angegebene gewesen, „dass gewöhnlich der Empfang vor der Auszahlung als geschehen bekannt zu werden pflege." Für das heut. R. ist nun, da die etwanige Zweideutigkeit des Ausdrucks, *datam esse dotem*, keine Schwierigkeit mehr machen kann, wenn die sog. Ehestiftungen, die *pacta dot.*, eine Beweiskraft rücksichtlich der Auszahlung der *dos* haben sollen, auf jeden Fall erforderlich, dass ihrer darin wirklich gedacht sei, wie denn auch m. W. nirgends bestritten wird. Das praktische Resultat von Gneist's abweichender Ansicht entspringt erst aus deren negativen Seite, dass andere Empfangsbekenntnisse ausser den *instr. dot.*, also einfache Quittungen, gleichviel ob in letzteren nur die Bestellung, d. h. das Versprechen der *dos*, geschehen, oder mündlich, die *exc.* mit ihren Folgen nicht auch treffe. Für die Verneinung sprechen in der That entscheidende exegetische und dogmatische Gründe; wegen der ersteren s. bes. dens. S. 44 ff., der gewichtigste ist der, dass die *exc.* immer nur gegen *instrum. dotal.* vorkommt, und dieselbe als ein singuläres Institut nicht analog ausgedehnt werden darf; von den letzteren aber scheint mir schon der allein hinzureichen, dass auf blosse Quittungen das in c. 3. *d.* z. A. angegebene Motiv der Ausdehnung der *exc.* nicht passt. Ein Zweifel an der Richtigkeit dieser Ansicht würde auch wohl kaum entstanden sein, wenn nicht solche Quittungen anderen gewöhnlichen gleichgeachtet worden und in c. 14. §. 1. *h. t.* unter den Ausnahmen von der *exc.* Dotalquittungen in einem Zusammenhang aufgezählt werden wären, welchen man von einer *geminata confessio* nach schon vorher im *instrum. dot.* bekannten Empfang verstand und so jenen eine besondere Kraft beilegte (s. Struben rechtl. Bed. Bd. IV. Bed. 107.). Allein hieraus müsste nun erst ein *arg. e contrario* für die Statthaftigkeit der *exc.* gegen andere, einfache gezogen werden, und darauf lässt sich, dem erwähnten Motiv gegenüber, keine Ausdehnung gründen, die noch dazu diese Quittungen rücksichtlich der Zeitdauer nicht den gemeinen, sondern (wegen der allgemeinen Fassung der Nov. 100.) dem Empfangs-

bene Summe (entweder ganz und gar, oder zum Theil[31]) nicht empfangen habe, und wenn er dieses im ersten Fall binnen zwei Jahren[32], im zweiten binnen dreissig Tagen[33] von Ausstellung der Urkunde an thut, und im dritten Fall, wenn die Ehe nicht über zwei Jahre gedauert, binnen einem Jahr, wenn nicht über zehn Jahre, binnen drei Monaten[34], so wird dadurch die Beweiskraft der Urkunde in sofern ausser Wirkung gesetzt, dass der, welcher die Urkunde für sich hat, den Beweis der Zahlung an den Anderen durch andere Mittel führen muss[35]. Diese Frist hat den Charakter einer Verjährung[36], die Befugniss aber, welche binnen ihr geltend gemacht werden soll, und keine persönliche ist, sondern auf und wider die Erben übergeht, und auch den Bürgen zu Statten kommt[37], ist die *querela non numeratae pecuniae*, und erscheint, je nachdem binnen dieser Zeit ein wirklicher Rechtsstreit ausbricht, entweder in der Form einer *exceptio non numeratae pecuniae*, oder, wenn es dazu nicht kommt, und sich also keine Gelegenheit dazu darbietet, in der einer schriftlichen, gerichtlichen oder aussergerichtlichen Protestation gegen den Inhalt der Urkunde, soweit er auf den Empfang gerichtet ist, wodurch dem Verlust des Einwands durch Zeitablauf vorgebeugt wird[38]. Der ersteren Form liegt

bekenntniss in einer Ehestiftung ganz gleichsetzt. Wie soll dieser Unterschied erklärt werden? Ich glaube daher vielmehr, dass in §. 1. *d.* wider Dotalquittungen ganz allgemein die *exc.* ausgeschlossen worden, und dass der Zusatz *quae post etc.* nur darum geschehen ist, weil die Bestellung der *dos* vorherrschend in *instr. dot.* und nicht ohne sie, mündlich geschah; auch ist ja gar nicht gesagt, dass in diesen bereits *datam esse dotem* anerkannt worden sei, man müsste es geradezu suppliren. Dazu ist man aber nicht berechtigt, und mithin ist diese Ausnahme auf ganz andere Weise, als, wie gewöhnlich geschieht (Glück a. a. O.), von einem zwiefachen Bekenntniss zu verstehen, nämlich von einfachen Dotalquittungen, wobei der Annahme: auch wenn die *dos* mündlich versprochen war, gar nichts entgegensteht. — Die objektive Beschränkung der *exc.* auf *pecunia* und fungible Sachen folgere ich aus dem auch hier (bis auf c. 14. §. 4. *h. t.* s. z. A. dieser Anm.) konstanten Ausdruck *exc. non num. pecun.*, vgl. Anm. [28].

[31] C. 9. *h. t.* c. 2. *eod.*, die letztere Stelle veranlasst Glück a. a. O. S. 149. zu einem eigenthümlichen Misverständniss wegen der Beweislast; sie ist historisch zu erklären, wie c. 1. *eod.* s. Anm. [26] u. [28].

[32] C. 8. 14. *h. t.* vergl. Sintenis S. 286 ff. Gneist S. 14 ff.

[33] C. 14. §. 2. *h. t.*

[34] Nov. 100. nach Ablauf der zehn Jahre findet die *exc.* nicht mehr Statt, nur zur Zeit der Eingehung der Ehe noch minderjährige Ehemänner erhalten von Anfang der Ehe an dazu zwölf Jahre; die Erben des Manns, der während der Zeit der Zuständigkeit der *exc.* von der Dauer eines Jahrs stirbt, können die *exc.* noch binnen gleicher Zeit opponiren, die dessen, dem sie zwölf Jahre zugestanden hätte, binnen einem Jahr, oder, wenn nicht mehr soviel Zeit davon übrig ist, binnen des Rests der zwölf Jahre; und wenn dieselben minderjährig sind, so haben sie dazu stets fünf Jahre Frist vom Augenblick der Auflösung der Ehe durch ihres zur *exc.* noch berechtigten Erblassers Tod an. Ueber diese Berechnungen nach der Nov. s. Buchholtz Abhandl. S. 179 ff. Die Meinung desselben aber, dass in der Nov. nur Fristen für die *querela*, nicht für die *exc. n. n. p.* bestimmt seien, und dass sie die nach c. 3. *de Dote cauta* festgesetzte einjährige nicht aufgehoben habe, beruht auf dem in Anm. [38] berührten Irrthum; vgl. auch Gneist S. 85 ff.

[35] S. c. 3. 10. 14. *h. t.* und Anm. [28]; in der Wahl der Mittel ist er dabei nicht beschränkt, s. Gneist S. 19. Ueber die Folgen des Leugnens, wenn dieser Beweis gelingt, s. §. 101.

[36] S. Unterholzner Verjähr. Thl. II. S. 29 ff.

[37] 1) Fr. 7. *de Except.* (*v. doli mali*) c. 8. 12. 14. *h. t.* 2) c. 8. *eod.* Die Frist wird jedoch durch etwanige Verzögerung des Erbantritts nicht verlängert, vgl. Glück Bd. XII. S. 147 f. u. die dort Gen.

[38] *Querela* ist der allgemeine Name für *dicere*, *non num. esse pecun.*, ohne dass dafür eine bestimmte Form zu denken ist, s. diesen Beweis bei Gneist S. 63 ff., aber auch Unterholzner a. a. O. S. 43 f., während man bisher meist eine besondere Klage zur Rückforderung der Urkunde verstand, s. Glück Bd. XII. S.

die scheinbare Auffassung des Sachverhältnisses zu Grunde, dass die bindende Kraft desselben in der Urkunde und nicht in dem Geschäft, worüber sie aufgenommen worden, beruhe, oder dass diese gewissermaassen das Geschäft selbst sei, von dem sie Zeugniss giebt, und in sofern ist der Begriff der *exceptio* hier uneigentlich angewendet. Die Befugniss der *querela* fällt weg: 1) wider Quittungen der Staatskassen an Abgabenpflichtige [39]. 2) Wider Quittungen über Empfang von Mitgiftsgeldern [40]. 3) Wider Empfangsbekenntnisse deponirter Gegenstände von Seiten der Depositare [41]. 4) Wider Urkunden jeder Art, denen sie sonst entgegengesetzt werden kann, wenn die Schuld, oder das Empfangsbekenntniss, worüber sie aufgenommen worden, später wiederholt anerkannt ist; letzteres ist auf dreifache Weise möglich: durch Anerkennung der Richtigkeit des Inhalts der Urkunde rücksichtlich der darin bekannten Zahlung, wobei es einerlei ist, in welcher Form und bei welcher Veranlassung sie geschieht, — durch eine gleichzeitig damit erfolgende Zahlung eines Theils der als empfangen bekannten Schuld oder der Zinsen davon, und durch eine Theilzahlung ohne solche Anerkennung, vorausgesetzt jedoch, dass dabei die Schuld selbst auch ihrem Umfang nach bestimmt anerkannt worden ist [42]. —

144 ff. und die dort Gen. oder die *condictio* derselben, oder eine Provokation, oder sonst etwas dem Aehnliches. *Querela* ist also das Wesentliche dieses Rechtsmittels, und für dasselbe existiren je nach Lage der Umstände zwei Formen, (nicht eine *actio n. n. p.*, wie oft angenommen worden,) die *exc.* und die Protestation, *contestatio* oder *denunciatio* genannt; über letztere im Bes. s. c. 14. §. 4. *h. t.* Das Anbringen derselben bei dem kompetenten Gericht dessen, welcher die Klage aus der Urkunde zu gewärtigen hat, — dies ist den veralteten Bestimmungen des §. 4. zu substituiren, — ist eigentlich nur auf den Fall der Abwesenheit des Gegners von demselben Ort berechnet; ist er anwesend, so muss er von der Protestation unterrichtet werden, das Gericht, bei welchem sie angebracht worden, würde sie also dann ihm insinuiren müssen. Nov. 100. c. 1. §. 1. giebt die Wahl des gerichtlichen Anbringens ganz frei, scheint aber zu erfordern, dass die Protestation stets dem Gegner bekannt werden müsse, indessen darf nach c. 14. §. 4. *d.* offenbar für den Fall, wo dieses schwierig oder nicht möglich ist, angenommen werden, dass es der Insinuation nicht bedürfe; s. Marezoll in Löhr's Magazin Bd. IV. S. 391., über den wörtlichen Sinn der Novellenstelle s. deutsch. Corp. Jur. Ein Verfahren knüpft sich nicht an die Protestation, auch kann sie gelegentlich geschehen, und muss z. B. durch Vorschützen der *exc.*, wenn der Prozess liegen bleibt, als geschehen betrachtet werden.

[39] C. 14. §. 1. *h. t.* weiter dehnt dies Unterholzner a. a. O. S. 74. aus.

[40] S. §. 1. *d.* vergl. Anm. [30] u. Bd. III. §. 133. Anm. [36].

[41] S. §. 1. *d.* gl. Sintenis S. 291. eigentlich bedürfte es dieser ausdrücklichen Ausnahme nicht, s. Anm. [28], wahrscheinlich ist sie darum geschehen, weil namentlich über deponirte Gelder Empfangsbekenntnisse sehr üblich, ja wohl so gewöhnlich wie über Darlehne sind; für die *exc.* wider solche spricht aber durchaus keiner der für ihre Begründung wider Darlehne u. s. w. denkbaren Beweggründe, daher, und wegen der möglicher Weise zu versuchenden Verwechselungen solcher Empfangsbekenntnisse mit anderen, vielleicht die ausdrückliche Bevorwortung ihrer Unzulässigkeit.

[42] Der Sitz dieser Ausnahme ist c. 4. *h. t.*, und es kommt darauf an, sie richtig zu verstehen; der mittlere Fall kann keinem Zweifel unterliegen, da seiner in der Stelle ausdrücklich gedacht ist; der erste folgt aus der Verbindung *etiam* zwischen dem *agnoscere* und *solvere*, wonach das letztere als zum Ueberfluss geschehen erscheint; der dritte endlich ist nicht ohne Widerspruch geblieben, s. bei Gneist S. 52 f., der ihn selbst verneint. Es kommt dabei lediglich darauf an, ob man im Sinn der Stelle das *fidem cautionis agnoscere* auch auf die im Text angegebene Weise für möglich hält? Die Frage ist zwar in sofern ziemlich unpraktisch, als eine Zahlung der Art nicht leicht ohne Anerkennung des Schuldscheins vorkommen wird; aber auch wenn dessen dabei nicht gedacht sein sollte, ist bei der vorausgesetzten sicheren Beziehung auf eine bestimmte Schuld, also auch rücksichtlich der

Auf die *exceptio* kann nicht nur später mit Erfolg ausdrücklich verzichtet werden[43], sondern auch in der Urkunde selbst, vorausgesetzt, dass der Verzicht eidlich bestärkt worden ist[44]. — Sobald hingegen die für die *querela n. n. p.* gesetzte Frist unbenutzt verstrichen ist, tritt die volle Kraft des in der Urkunde enthaltenen Beweises des Empfangs ein, und es kann nun der, welcher sich diesen Vortheil hat entgehen lassen, nur darauf Anspruch erheben, selbst zum Beweis des Gegentheils gelassen zu werden, wobei er sich aber nach allgemeinen Grundsätzen vom Gegenbeweis der Eideszuschiebung nicht bedienen darf[45].

Summe, nach m. E. die Frage zu bejahen, denn es kommt ja nicht auf die Anerkennung der Aechtheit der Urkunde, sondern auf die ihres Inhalts in Ansehung des Empfangs an, und diese Thatsache ist doch nur eine und dieselbe. — Am gewöhnlichsten und sichersten geschieht die wiederholte Anerkennung durch besondere Empfangsbekenntnisse, vergl. c. 7. §. 5. *de Praescr.* 30 *ann.*, denen übrigens nicht etwa eine neue *exc.* entgegengesetzt werden kann. Wieviel später der zweite Schein ausgestellt wird, und ob auf einem besonderen Papier, oder dem der Schuldurkunde selbst, ist gleich, nur darf das zweite Anerkenntniss nicht *uno actu* mit dem ersten geschehen sein, denn das wäre eine blosse *geminatio*. S. Gneist S. 54 ff. und auch über die Auffassung Anderer.

43 S. Glück a. a. O. S. 155. und die dort Gen. und Unterholzner im Archiv Bd. VII. S. 47.

44 Hierüber ist Streit, vgl. die bei Gneist S. 57. Gen. u. Glück u. Unterholzner a. a. O. Nach R. R. lässt sich die Gültigkeit eines solchen Verzichts nicht begründen, s. vielmehr c. 16. *h. t.*, sondern nur aus der kanon. Vorschrift, in c. 28. *X. de Jurejur.* u. c. 2. *de Pactis* in 6to, dass die Eide gehalten werden sollen, welche ohne Seelengefahr gehalten werden können, und mithin die dadurch bestärkten Versprechen gültig werden. Ich sehe nun in der Anwendung derselben nicht das geringste Bedenken, (vgl. auch Puchta §. 305. n)) und muss mit Unterholzner der von Glück vertheidigten Unterscheidung zwischen einem assertorischen Eid, wodurch der Empfang des Gelds bekannt, und einem promissorischen, wodurch versprochen worden, dass man sich der *exc.* nicht bedienen wolle, von denen der letztere wirkungslos sei, widersprechen. Ohnehin würde der erstere Eid keinen eigentlichen Verzicht enthalten, sondern ein eidliches Geständniss, welches allerdings ebenfalls für bindend zu erachten ist, s. Unterholzner Anm. 89. Aber auch alle Gegengründe wider die zweite Art, oder die eigentliche eidliche Entsagung sind in der That nur Spitzfindigkeiten.

45 Es ist bestritten: 1) ob diese Auffassung der Sache nach R. R. die richtige sei, und nicht vielmehr die Urk. nun eine unumstössliche Beweiskraft habe, so dass der Beweis der Nichtzahlung ausgeschlossen sei. S. den Bericht bei Gneist S. 97 ff. Die letztere Ansicht wird, der unhaltbaren dafür vorgebrachten Gründe nicht zu gedenken, namentlich auf diese Beweisstellen gestützt: c. 9. *h. t.* c. 4. *de Condict. ex Lege*, c. 14. §. 2. *h. t.* Nov. 100. *verba*: *Ubi enim in prolixo*, und dann der Ausschluss des Gegenbeweises nur als eine ganz eng zusammenhängende Folge des Zeitablaufs der *exc.* betrachtet, so dass er, wie diese selbst, eine eigenthümliche positive Erscheinung sei; vergl. dens. S. 89 ff. Zu den beiden ersten Stellen müsste geradezu hinzugedacht werden: ausser wenn die Nichtzahlung bewiesen werden kann; die dritte lässt allerdings nur das *dicere, n. n. esse pec.*, nicht mehr zu, womit der Gegenbeweis als ausgeschlossen eben erst zu beweisen ist, doch aber so, dass dieser darin nicht wohl hätte unerwähnt bleiben können, wenn er zulässig wäre; die vierte folgert aus dem Unterlassen des *queri* die Absicht, *omnino eum (maritum, aut suos heredes) reddere*, wonach also die Folge selbst als unerschütterlich erscheinen muss. Andere Einreden, wie des Betrugs, der Simulation u. s. w., werden jedoch hierdurch nicht betroffen. Dieser Ansicht ist denn auch schon *Julian. Epitome Novell.* c. 93. §. 350., sowie der Scholiast Nicäus zu den Basil. 23. 1. 72. Nr. 1, gewesen, und zwar letzterer unter ausdrücklicher Verwerfung der entgegengesetzten des Theodorus. Ich habe mich schon früher für dieselbe Ansicht ausgesprochen, s. meine gen. Abh. S. 307. 2) und 291. 2). Nur darf man, um das nicht falsch zu verstehen, nicht vergessen, dass auch nichts Stärkeres als volle Beweiskraft eintritt, namentlich nicht etwa eine Fiktion; denn wenn der Gläubiger, welcher eine solche Urk. für sich hat, selbst geständig ist, dass er nichts darauf

Uebrigens hat derjenige, welcher einem Anderen einen Schuld- und Empfangsschein ausgestellt hat, ohne darauf das, was er darin als empfangen bekannt hat, gezahlt erhalten zu haben, eine Klage auf Rückgabe der Urkunde. Diese hat, wenn sie innerhalb der für die *querela n. n. p.* gestatteten Frist angebracht, oder nach innerhalb derselben eingelegten Protestation erhoben wird, die Eigenthümlichkeit der Beweislast rücksichtlich des Nichtempfangs, wie jene; nachher oder bei unterbliebener Protestation hat aber der Kläger, wie bei der *exceptio* diesen Beweis zu führen [46].

gezahlt habe, so kann sie freilich die Zahlung nicht beweisen, sondern nun kommt sie gar nicht in Betracht; vgl. Gneist S. 405. Die entgegengesetzte Meinung, welche neuerlich wieder angesehene Autoritäten für sich gewonnen hat, s. Puchta §. 305. q) und Unterholzner a. a. O. S. 76 ff., ist bes. auf die Ausnahme des Eids als Beweismittel gestützt worden, indem nach c. 14. §. 3. *h. t.* der Eid überall, wo *exc. non permittitur opponere*, *vel ab initio vel post tempus elapsum*, ausgeschlossen ist, wonach auf die Statthaftigkeit eines Gegenbeweises durch andere Mittel *arg. e contr.* geschlossen werden zu müssen scheint. Es ist aber nicht nur die Frage, ob an die c. 14. *d.* ein so scharfer logischer Maasstab gelegt werden darf, sondern auch, ob der Gebrauch der Eidsdelation nach R. R. als ein eigentlicher Gegenbeweis zu betrachten sei, so dass hier an einen solchen gedacht werden müsste? Berücksichtigt man, dass die Verneinung in solchen Fällen schwerlich auf andere Weise, als durch Eid würde bewiesen werden können, so darf, in der Voraussetzung, dass der Kaiser ebenfalls sich das vor Augen gestellt habe, vielmehr in dem Verbot des Eids das totale Verbot des Gegenbeweises ausgesprochen gefunden werden. Sodann hatte der deferirte Eid nach R. R. eine entschieden transaktartige Natur, der Delat konnte ihn ablehnen, und es war dann Sache der richterlichen Beurtheilung, ob diese Ablehnung als mit Recht geschehen zu betrachten sei. (S. Bethmann-Hollweg röm. Proz. Bd. I. S. 269.) Daher kann denn der §. 3. *d.* sehr wohl als eine Norm für diese betrachtet werden. — 2) Es ist ferner bestritten, ob nicht, auch die unter 1) diesseits angenommene Ansicht als richtig vorausgesetzt, nach heutigem Recht der Gegenbeweis, d. h. der Beweis des Inhalts der *exc.* nach Ablauf der Frist für diese, m. a. W. also des Nichtempfangs zulässig geworden sei? Glück a. a. O. S. 172. will das aus dem kanon. R. (c. fin. *X. de Praescr.*) deshalb folgern, weil sich der präskribirende Gläubiger in *mala fide* befinde; allein dagegen vgl. §. 31. C. bes. Anm. 55. Andere Versuche, den Gegenbeweis juristisch zu begründen, s. bei Gneist S. 100 ff. berichtet. Eine sehr verbreitete Praxis aber ist dafür, und hat namentlich von hier aus die *exc. in privilegiata* und *non priv.* eingetheilt, s. die bei Glück a. a. O. 75, Heise u. Cropp jur. Abhand. Bd. I. S. 380. 87 z. A. Gen. u. den Bericht bei Gneist S. 108 ff. Dass sie nicht selten Widerspruch gefunden, ist richtig, vgl. die bei Cropp a. a. O. z. E. u. S. 385. 101 Gen., allein die Zahl der Dissentirenden ist immer sehr gering geblieben, und die bejahende Ansicht ist seit Anfang des 17. Jahrh. so überwiegend, dass man sich ihr anzuschliessen nicht anstehen kann. Es liegt derselben übrigens keineswegs etwa die Meinung zu Grunde, welche schon, wie unter 1) bemerkt, nach R. R. den Gegenbeweis für zulässig hält, — sondern ein allgemeines Gefühl der Billigkeit, oder m. a. W. ein verändertes Rechtsgefühl. Dagegen gehen diejenigen offenbar zu weit, welche zu diesem Beweis sogar die Eidsdelation für zulässig halten, vgl. die bei Glück S. 174. 81 u. Gneist S. 108. 3 Gen. Diese ist nicht nur nach c. 14. §. 3. *d.* so allgemein verboten, dass das Verbot ungeachtet der (nach der diesseitigen Ansicht, s. vorher unter 1)) jetzigen Statthaftigkeit des Gegenbeweises überhaupt für fortdauernd erachtet werden muss, sondern auch nach allgemeinen Regeln vom Gebrauch der Eidsdelation im Gegenbeweis; s. Linde Proz. §. 236. a. E. Schmidt Handb. des Proz. Bd. I. §. 162. und die dort Anm. 3 Gen. S. c. 13. *h. t.* u. c. 14. *de Contrah. stipul.* — Zu gedenken ist hierbei noch, dass eine Urk., welcher die *exc. n. n. pec.* noch mit Erfolg entgegengesetzt werden kann, keine zum Exekutivprozess geeignete ist, worüber auch viel gestritten worden; s. Glück a. a. O. S. 159 ff. und Gneist a. a. O. und die dort Anm. 4 Gen. Mit dem Wechsel ist es anders, weil dieser hierin einem wahren Literalkontrakt gleichsteht. S. dens.

[46] C. 4. *de Condict. ex lege*, c. 7. *h. t.* So einverstanden man darüber ist, dass hier über-

Anders als mit der bisher behandelten ersten Klasse von Urkunden verhält es sich mit der weiter oben gedachten zweiten, d. i. denen, welche erst aufgenommen worden sind, als das Geschäft, worauf sie sich beziehen, schon bestand, und von deren Aufnahme also auch nicht etwa ein übrigens an und für sich vollendetes Geschäft erst noch abhängig gemacht ist (s. z. A. des §.). Soweit diese lediglich den Charakter eines Beweismittels an sich tragen, was aus ihrem Inhalt und den Umständen, wofür namentlich die Trennung des Akts ihrer Aufnahme von dem des Geschäfts entscheidet, zu schliessen ist, berühren sie die bestehende Obligation gar nicht und bieten nur ein prozessualisches Interesse dar[47]. Verschieden davon ist der Fall, wenn eine Urkunde über eine Obligation aufgesetzt, und in Betreff dieser auf ein bestimmtes früheres Schuldverhältniss ein solcher Bezug genommen ist, wonach das letztere als nothwendige Voraussetzung für das erstere erscheint, und dadurch mittelbar oder ausdrücklich anerkannt worden ist. Das Bestreiten des Schuldners im später entstandenen Rechtsstreit, dass die vorausgesetzte Obligation bestanden habe, ist eine *exceptio doli* (indebiti, oder ind. cauti genannt), deren Beweislast unter allen Umständen auf den Schuldner fällt; die Beweiskraft der Urkunde selbst[48]

haupt eine Klage Statt finde, so verschieden sind die Ansichten darüber, welche nähere Bewandtniss es damit habe. Glück Bd. XII. S. 144 f. vgl. mit Bd. XIII. S. 200. versteht eine *cond. sine causa*, und unter der von ihm auch zugelassenen *querela n. n. p.* eine Provokation; wegen dieser letzteren s. Anm. [38]. Wahrscheinlich ist er in Ansehung der ersteren mit Aelteren (s. schon d. Glosse) einverstanden, dass der Beweis immer auf den Kläger falle, und die *cond.* eine *perpetua* sei. Gneist S. 59 f. ist der Meinung, dass sie überhaupt nur innerhalb der Frist der *exc.* angestellt werden könne, und dass sie nur die Form der Klage für diese sei. Diese Ansicht ist unstreitig die nach R. R. richtige, allein ebenso gewiss nach Verlauf der Frist, oder bei unterbliebener Sicherung derselben durch Protestation im heut. R. die *exc.* zugelassen wird, muss die Klage, nachdem der Urk. keine absolute und unwiderlegliche Beweiskraft mehr beigelegt wird, auch analog der *exc.* mit der gewöhnlichen Dauer der Klagen ferner zugelassen werden. So verstehe ich auch die Sache von Puchta §. 305. aufgefasst.

[47] Vgl. Sintenis S. 293. 306.; ein möglicher Zweifel über die Eigenschaft solcher Urkunden ist besprochen z. B. in fr. 26. §. 2. *Depos.* Faktische Schwierigkeiten in der Erkennung des Unterschieds zwischen beiden als Folge der Fassung der Urkunde lassen sich kaum denken. Von der *exc. n. n. p.* wider solche später aufgenommene Urkunden kann natürlich keine Rede sein, also namentlich auch nicht wider solche, welche über ein früher schon angeblich aufgenommenes Darlehn schon ausgestellt sind, vielmehr sind diese blosse Beweismittel, und deren Aufsetzung enthält keine neue Obl., der Beweis, dass keine Schuld existirt habe, fällt also immer auf den Aussteller; z. B. wenn es hiesse: „nachdem ich schon früher (sei es auch noch so kurz vorher, nur dass das Geschäft schon fertig war) von N. ein Darlehn von 500 empfangen, so verspreche ich dasselbe in zwei Jahren zurückzuzahlen.“ Nach R. R. konnte hier bei Stipul.-Urk. über Darlehne und andere *debita*, z. B. *ex emto*, die Frage entstehen, ob ein einziges Geschäft vorliege, oder letzteres *caussa praecedens* zu einem neuen Geschäft sei; letzteres ist immer der Fall, wenn beide der Zeit nach getrennt sind, und nicht *uno actu* geschehen, vergl. Gneist S. 288 ff.

[48] Es ist bisher auf fr. 25. §. 4. *de Probat.* eine Lehre vom *indebitum cautum*, und dem *discrete* und *indiscrete* gegebenen Versprechen bezüglich einer *caussa antecedens* gegründet worden, welche in gewissem Grad eine Verwandtschaft der sog. *exc. indebiti cauti* mit der *exc. n. n. p.* annahm. Man ging nämlich davon aus, wenn in einer Schuldurkunde eine Schuld mit Bezug auf ein früheres Verhältniss begründet und anerkannt, und dabei letzteres als ein bestimmt charakterisirtes, also m. a. W. sein rechtlicher Verpflichtungsgrund (*caussa*, *discrete loquitur*) ausdrücklich bezeichnet sei, so sei es Sache des Schuldners, nachzuweisen, dass ein solcher wirklich nicht bestanden habe, möge er verklagt sein, oder selbst klagend auftreten, um die Urkunde wieder zu erlangen; fehle hingegen die Angabe und Anerkennung eines bestimmten früheren Verhältnisses, aus welchem die Schuld entstanden sei, und sei diese nur

über diesen Umstand steht von Anfang an fest. Der Fall, wenn auf die Urkunde bei solcher Gelegenheit gar kein Bezug genommen worden, bedarf keiner besonderen

ganz allgemein als vorhanden bezeichnet, (*indiscrete loquitur*) so falle die Beweislast, dass ein solches und welches existirt habe, ähnlich, wie bei der *exc. n. n. pecuniae*, auf den Gläubiger, aber ohne Beschränkung einer Frist. Auch hier verneine der Schuldner nur etwas, was die Urkunde nicht zu beweisen vermöge, und worüber diese auch durch Ablauf irgend einer Frist wegen Mangels an ihrem Inhalt niemals Beweiskraft gewinnen könne. Ich habe diese vorzüglich von Cropp in s. u. Heise's Abh. Bd. II. S. 326 ff. 358 ff., der dann in den *caution. indiscretis* auch noch im Besonderen eine an sich wirksame *literar. obl.* fand, welche mit *exc. indebiti* angefochten werden müsse, (s. auch *Hertel de instrum. quae indiscreta vocantur*, Lps. 1832. p. 30.[2] 44.) ausgeführte Ansicht a. a. O. S. 292 ff. rücksichtlich der Auffassung der Beweislast als einer vermeintlichen Singularität zu widerlegen gesucht, auch bemerkt, dass eine sog. *cautio indiscreta* heutzutage nur die Eigenschaft eines Beweisdokuments mit unsicherer Stärke habe, während die *discreta* stets ein neues Rechtsgeschäft, dem ein älteres zu Grunde gelegt ist, enthalte. (S. 298. 305.) Neuerlich hat nun Gneist a. a. O. S. 198 ff. eine Auslegung der cit. Stelle dahin gegeben, dass *cautio* in derselben nur eine Stipulationsurkunde, keinen gewöhnlichen Schuldschein bezeichne, ferner (S. 209 ff.), aus der Bestimmung der Beweislast folge der höchst wichtige Satz, dass bei jeder Klage aus einer Stipulation, auch aus mündlicher (S. 210.), der *promissor* den Gläubiger nöthigen könne, das Vorhandensein einer *caussa stipul.* nachzuweisen. Das erste Resultat halte ich für richtig, mit dem zweiten aber bin ich nur soweit einverstanden, als der Gläubiger zwar die vom Schuldner geleugnete Wahrheit und Richtigkeit der *caussa* beweisen muss, nicht aber, dass und welche überhaupt der *stipul.* zu Grunde liege; in dieser Hinsicht liegt nach m. E. dem Schuldner der (Gegen-) Beweis ob, nämlich des darin bestehenden Inhalts seiner *exc. doli*, s. fr. 18. §. 1. *de Probat.* fr. 2. §. 1. *de Doli exc.* Schmidt's Widerspruch in der angeführten Recension des Gneist'schen Buchs in den Lpzgr. krit. Jahrbb. 1847. S. 33. scheint mir auf einem Misverständniss zu beruhen. Dies führt ihn nun zu der noch weiteren Ansicht, dass und zwar nach c. 6. *Si certum pet.* und fr. 6. *de Scto Macedon.* die *caussa* zur *substantia stipul.* gehöre, und ohnedies die Stipulation etwas rein Formelles, Inhaltloses, also die *caussa* ein Theil, eine Ergänzung des Klagfundaments *aequitatis caussa* sei. Vgl. noch dens. S. 228 f. (während er S. 137. den Standpunkt der gewöhnlichen Ansicht festhält.) Ich bleibe hierüber bei meiner schon früher ausgesprochenen Ansicht stehen, wonach ich die Stipulation an sich und ohne *caussa* für vollkommen ausreichend halte, um die *a. ex stipulatu* zu begründen, und dass der Kläger erst durch *e. doli*, einschliesslich des Beweises von Seiten des Schuldners, dass eine und welche *caussa* überhaupt der Stipulation zu Grunde gelegen, z. B. dass sie die Rückzahlung eines Darlehns betroffen, (welches nicht gezahlt worden,) zu der Behauptung und dem Beweis habe genöthigt werden können, dass dieses auch wirklich gezahlt worden sei, dass aber der Gläubiger diesem Beweis durch eine den Empfang bestätigende Urkunde (welche denn auch den Beweis des Schuldners erledigte,) überhoben worden sei, deren Beweiskraft dann wieder in den dazu geeigneten Fällen durch das Institut der *querela n. n. pec.* durch eine Frist beschränkt wurde (s. Anm. [28]); s. meine gen. Abhandl. S. 255. 272—74. 281. Hiermit stimmt nun auch fr. 25. §. 4. *d.* in Betreff der *cautiones, quae indiscrete loquuntur*, überein. Zugegeben nämlich, dass hier von Stipulations-Urkunden die Rede ist, so stellt sich die Sache nun so: war in diesen, was als vorherrschende Sitte zu betrachten ist, so dass das Gegentheil als seltene Ausnahme angesehen werden muss, die *caussa* speciell angegeben (d. h. das konkrete Geschäft, s. Sintenis S. 294.), aus welcher die *in stipulatum* deduzirte Schuld entstanden war, so lag darin ein Geständniss des Schuldners, welches ihn bis zum Gegenbeweis band; war dieses nicht geschehen, d. h. aber, doch immer wenigstens die stipulationsweise verschriebene Schuld als aus einem schon älteren Verhältniss entsprungen bezeichnet, und die Existenz eines solchen geleugnet (*si cautio indebite exposita esse dicatur*), so musste der Gläubiger, ungeachtet der Möglichkeit einer *a. ex stipulatu* von vornherein, nun die *caussa* rücksichtlich ihrer Individualität darum nachweisen, und wenn sie in einem angeblichen Darlehn bestand, auch dessen Auszahlung an den Schuldner, weil das Zugeständniss einer

Erwähnung, sowenig, wenn man voraussetzt, dass in der Klage des früheren Geschäfts als Grundlage dessen, woraus geklagt wird, gedacht worden, als, wenn die-

caussa antecedens überhaupt seinerseits durch Produktion der *cautio* geschehen ist, und dadurch die *stipulatio* in einer solchen Abhängigkeit von einer Voraussetzung erscheint, wonach sie für sich allein nicht mehr wirksam ist, diese Voraussetzung aber, ohne dass ihre konkrete Natur feststeht, ebenso wenig der *obligatio* eine solche *caussa* zu verleihen vermag, wie nach Anm. [25] als erforderlich erscheint, wenn die *a. ex stipulatu* der *exc. doli* gegenüber aufrecht erhalten werden soll. Bis hierher ergiebt sich nun, da wir die Stipulationen nicht mehr haben, noch kein praktisches Resultat, sondern dieses hebt erst mit der Anwendung des fr. 25. *d.* auf einfache Schuldscheine und auf Urkunden über solche neue Obl. an, denen eine ältere als wesentliche Voraussetzung zu Grunde liegt. Auf solche ist nun hiervon der Begriff der *cautio discreta* und *indiscreta* allerdings uneigentlich übertragen, und es ist manches hierhergezogen worden, was wirklich nicht hierher gehört, dagegen kann ich die daraus abgeleiteten Regeln über die Beweiskraft und die Beweislast solcher Urkunden, wie man bisher hierbei vorausgesetzt hat, d. h. anderer, als Stipulationsurkunden, nicht für falsch halten, sondern sie lassen sich sogar theils auf die Analogie stützen, theils folgen sie aus anderen allgemeinen Grundsätzen. Nachdem nämlich die Stipul. weggefallen sind, eine Klage aus einer *cautio indiscreta* also von vornherein allerdings nicht mehr möglich ist, kann die in einer Urkunde der im Text gedachten Art erwähnte Konvention, wenn sie nicht blos ein wiederholtes Anerkenntniss der früher kontrahirten Obl. ist, entweder nur ein nochmaliges Versprechen der Erfüllung derselben, d. i. ein *constitutum*, oder irgend ein nach den weiter oben im Text bei Anm. 25 b entwickelten allgemeinen Regeln von Gültigkeit der Verträge unter Einfluss auf deren Verpflichtungsgrund (*caussa*, s. Anm. [25]) zu beurtheilendes selbstständiges Geschäft sein, für welches das frühere denselben herstellt, so dass ein Austausch von Forderungen geschieht, wodurch die frühere aufgehoben wird. Im letzteren Fall ist dann eine Novation in dem Sinn der gewöhnlichen Doktrin geschehen, welcher dem römischen Begriff derselben jedoch nicht streng entspricht; s. §. 105.[2]. Vergl. Gneist S. 148 f. und S. 229 f. Für die Gültigkeit solcher Geschäfte und die Klage aus ihnen kommt es auf die *caussa antecedens*, d. i. das ältere Schuldverhältniss an. (C. 5. 13. *de Exc. n. n. pec.*, wenn diese nämlich auch ebenfalls Stipulationen als neueres Geschäft voraussetzen, so ist doch jene Nothwendigkeit offenbar eine allgemeine.) Ein solcher Bezug aber muss nothwendig ein spezieller sein, d. h. eine bestimmte ältere Obl. bezeichnen, da das anerkannte allgemeine, ganz unbestimmte, oder nur der Gattung von Rechtsgeschäften nach charakterisirte Schuldigsein, von jetzt, oder von früher her, keine neue Obl. in sich schliesst; (Sintenis S. 298. 302 f.) doch ist es möglich, dass der Gebrauch hier einen generellen Ausdruck für genügend hält, z. B. „auf den Grund einer Abrechnung" zwischen Zweien, die in Handels- oder sonstigen Geschäften gestanden haben; vgl. Gneist S. 229. Eine Urkunde der letzteren Art würde immer nur ein blosses Beweismittel von zweifelhafter Stärke sein, welche erst durch die Umstände festgestellt werden kann. Z. B. es bekennt A. dem B. „aus einem Kauf," oder „einem früheren Kauf" 100 schuldig zu sein, und es ist etwa hinzugefügt, dass er diese 100 als Darlehn fortan behalten und verzinsen solle und wolle. Hieraus lässt sich eine Klage gar nicht anstellen, es fehlt dem beabsichtigten Darlehnsgeschäft am Fundament; wird dieses durch speziellere Angaben in der Klage hergestellt, und vom Schuldner geleugnet, so kann die Urkunde als Beweismittel benutzt werden, aber nur begleitende Umstände können ihr wirklichen Werth beilegen. Ist hingegen der Bezug ein spezieller, so ist mit der Anerkennung der Urkunde auch das neue, wie das frühere Geschäft erwiesen, und nun fällt der Gegenbeweis nothwendig auf den Schuldner (c. 13. *d.*). Zu solchen Urkunden gehören nun nicht die in Anm. [47] gedachten Schuldscheine, (ausser nach R. R. die Stipul.-Urk. über Darlehne und andere *debita*, wonach letztere als *caussa praecedens* erscheinen,) deren Ausstellung ist kein *indebitum cautum* im Sinn des fr. 25. *d.*, d. h. damit wird keine Obl. eingegangen, sondern eine bisher schon bestehende anerkannt, sie sind also nur Beweismittel. Vergl. jetzt auch Anm. [25b]. — In allen diesen Fällen kann nun von *querela n. n. pec.*, oder einem Analogon derselben, keine Rede sein und geschieht auch nirgends eine Anwendung derselben, vergl. Anm. [28] und Gneist S. 286 ff. — Das fr. 25.

ses ohne solchen Bezug geschehen ist; es regelt sich dies nach den gewöhnlichen prozessualischen Grundsätzen [49].

II. Für die z. A. der vorigen Zahl ausgenommenen Fälle, in welchen ein Versprechen ohne Annahme desselben auf Seiten des Gläubigers eine Obligation begründet, giebt es folgende Formen:

1) Die Pollicitation [50]. Die einseitige Zusage nämlich enthält eine Obligation, wenn sie einer städtischen Gemeinde mit Bezug auf einen Umstand als erklärenden Veranlassungsgrund, z. B. wegen erhaltenen Ehrenbürgerrechts, wegen einer die Stadt betroffen habenden Kalamität, geschehen, oder ohne solchen, wenn die Ausführung ihres Inhalts, sei es von dem Pollicitanten oder von der Stadtgemeinde selbst oder einem Dritten mit Rücksicht auf die Zusage bereits begonnen hat [51]. Die Absicht zu schenken reicht für sich (ohne begonnene Ausführung) nicht zu einem Verpflichtungsgrunde hin, denn eine Zusage der Art ist ihrer Natur nach immer schon an sich eine Schenkung [52]. Darin aber findet unter Hinsicht hierauf eine Verschiedenheit Statt, dass, wenn ein triftiger vorangegangener [53] Beweggrund vorliegt, die Obligation in mehrfacher Beziehung bündiger ist. Verarmt nämlich der Pollicitant vor Ausführung seiner, ohne einen solchen Grund, und nur durch den Beginn der letzteren wirksamen, Zusage, so kann er sich von derselben durch Hingabe des Fünftheils seines Vermögens losmachen [54]. Stirbt er vorher, so haftet gleich ihm auch der Erbe auf das Ganze der versprochenen Summe, wenn ein solcher Beweggrund vorlag, im anderen Fall aber der Erbe nur, wenn der Nachlass dazu ausreicht, wo nicht, so kann er sich ebenfalls mit Abtretung des Fünftheils,

§. 4. *d.* ist neuerlich von mehr als zwölf Schriftstellern wiederholter Interpretation unterzogen worden, und zuletzt wieder von Gneist, in d. *commentatio ad aud. orat. etc.* Berol. 1858, wo sich S. 4. Anm. 2 die Lit. verzeichnet findet; er selbst sucht seine frühere Ansicht von Neuem zu begründen. Dazu kommt noch H. Witte, die Bereicherungsklagen, §. 27 ff. (Halle, 1859.)

49 Sollte über den Abschluss des neuen Geschäfts keine Urkunde aufgesetzt, dagegen aber derselbe vor Zeugen vor sich gegangen sein, so würde deren Aussage, je nachdem die *caussa* speziell vor ihnen ausgesprochen und von ihnen bezeugt wird, auf ähnliche Weise, wie eine Urkunde beweisen. In dem im Text zuletzt gedachten Fall würde der Schuldner natürlich das eigentliche Verhältniss, dass und von welcher Voraussetzung man ausgegangen, und dass diese unrichtig sei, *excipiendo* erst zur Sprache bringen müssen. Sollte sich dieses erst in dem vom ersten getrennten Beweisverfahren als nöthig ergeben, indem der Gläubiger nun erst die Urkunde produzirt, wogegen dieser Einwand zu erheben wäre, so kann er dem Schuldner nach m. E. aus demselben Grunde nicht abgeschnitten werden, wie dieses Anm. 28 a. E. von der *exceptio non numeratae pecuniae* bemerkt worden ist.

50 *P. est offerentis solius promissum*, fr. 3. pr. *de Pollicit.* wir nehmen als diesen Ausdruck jetzt in engerer Bedeutung, nämlich als eine gültige Poll., mithin auf die Ausnahmefälle beschränkt, denn ausserdem ist er wirkungslos, vergl. *Paul. S. R.* Lib. V. tit. 12. §. 9. Ueber die Klagbarkeit s. fr. 1. pr. fr. 3. *eod.* Widerruf findet nicht Statt. In den Quellen kommt als Gegenstand derselben nur Geld oder ein *opus* vor, doch werden diese Leistungen nur als Beispiele, welche am gewöhnlichsten vorkommen, betrachtet werden dürfen.

51 Fr. 1. §. 1—5. *eod.* Es pflegt nach fr. 5. *eod.* (auch 3. pr. u. 9.) häufig Gegenwart des Versprechenden, also etwa *in republica*, oder gegenüber den Vertretern der Stadt, und also mündliches Versprechen behauptet zu werden, s. dagegen Marezoll in s. Ztschrft. Bd. I. S. 370 ff. Fritz Erl. S. 322. und bes. fr. 19. pr. *de Donation.*

52 Fr. 19. pr. *d.*

53 In den cit. Stellen der folgg. Anmm. ist zwar stets nur *ob honorem* dem *opus coeptum* entgegengesetzt, indessen darf doch sicherlich das *vel ob aliam justam caussam* aus fr. 1. §. 1. *eod.* wiederholt gedacht werden. Vgl. Anm. 55.

54 Fr. 9. 14. init. *eod.*

und Kinder können sich sogar als Erben mit dem des Zehntheils des Nachlasses loskaufen [55].

2. Das Gelübde (*votum*), d. i. ein Versprechen zum Besten einer Kirche oder zu einem frommen Zweck überhaupt, ein solches verpflichtet die Erben unbedingt [56].

3. Das Versprechen einer Mitgift an den Mann der zu dotirenden Frau, worüber das Weitere dem Eherecht angehört. (S. Bd. III. §. 132. bei Anm. [33].)

4. Die Auslobung, d. i. das Versprechen einer Gegenleistung, meist einer Belohnung, an eine unbestimmte Person, also eine veröffentlichte Zusage an Jedermann, unter der Bedingung einer vorangehenden Leistung. Die Obligation tritt hier erst mit der Erfüllung der Bedingung ein, es kann daher die Zusage bis dahin zurückgenommen werden, jedoch muss dieses, wenn es Erfolg haben soll, in gleicher Weise, wie die Zusage erfolgte, geschehen [57]; hat jedoch Jemand darauf hin Vorbereitungen zu der Leistung getroffen, so bleibt der Auslober unter der Voraussetzung, dass die Leistung wirklich erfolge, daran gebunden [58].

[55] Fr. 9. 6. pr. 11. 14. *eod.* Diese Stellen bedürfen einiger Erläuterung. Die erste enthält den Kern dieser Bestimmungen, und zwar ist das: *ob honorem* von einer bereits dem Verstorbenen zu Theil gewordenen Ehrenbezeugung zu verstehen. Das nämlich folgt nicht nur daraus, dass im entgegengesetzten Fall der Grund, kraft dessen die Zusage nur gilt, unmöglich noch eintreten kann, sondern auch aus der dritten Stelle, wo ausdrücklich das Erlöschen dieser Verpflichtung durch den Tod des Pollicitanten, bevor ihm die Ehre zu Theil geworden, anerkannt, und eine Ausnahme nur wieder in dem Beginn der Ausführung statuirt ist, welche nun selbst als *caussa* erscheint, so dass es der anderen, *ob honorem*, nicht mehr bedarf. Dieselbe, wie die zweite Stelle, ist nun aber mit der stillschweigenden Beschränkung der ersten zu verstehen, denn sonst wären sie in Widerspruch mit einander. Die vierte endlich sagt dasselbe wie die erste; zwar scheint sie dem Erben freie Wahl zwischen der Vollendung und der Abtretung des Fünftheils, resp. Zehntheils vom Nachlass zu gestatten, und ferner, dem Beginn der Ausführung des *ob honorem* Versprochenen einen Einfluss der *minutio* beizulegen, welcher beim blossen Versprechen *ob honorem* nicht eintritt, da aber das Letztere ganz unerklärlich wäre, und mit fr. 9. ein offenbarer Widerspruch entstände, während auf dieselben Konstit. wie dort Bezug genommen ist, so müssen ohne Zweifel die Worte *ob honorem* in derselben gestrichen werden, s. auch die Anm. zu dieser Stelle im deutsch. Corp. Jur. Ohne sie stimmt sie wörtlich mit der ersten überein, und das ist denn auch wahrscheinlich der Grund, dass sie nicht in die Basil. aufgenommen ist. Die anscheinend freie Wahl aber (*si ita mallet*) darf gewiss ebenfalls nur, wie fr. 9. von der Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Ausführung verstanden werden; die letztere Stelle lautet ganz bestimmt und klar, während die vierte ungenauer abgefasst ist. — Die Worte: *si bona liberalitati solvendo non fuerunt*, müssen übrigens strenge so verstanden werden, dass, wenn der Nachlass die zur Ausführung erforderliche Summe nicht erreicht, die Theilzahlung eintritt, also rein von einer Bedingung, so dass nicht die grössere oder geringere Differenz in Anschlag kommt. Zinsen sind nur im Fall des Verzugs zu leisten, vgl. §. 87. [29].

[56] Fr. 2. *eod.* dieses Institut ist im kanonischen Recht weiter ausgebildet, und daher diesem zu überweisen, s. Wiese Kirchen-R. Bd. II. S. 176 ff.

[57] Der Widerruf muss m. a. W. in gleicher Weise zur öffentlichen Kenntniss gebracht werden, wie die Zusage, indem sonst die anderer Seits erfolgende Leistung oder die Vorbereitungen dazu den Auslobenden trotz dem noch binden können.

[58] Die Ansichten über dieses Geschäft sind verschieden; Mühlenbruch §. 347. a. E. stellt es kurzweg ganz den Innominatkontrakten gleich (s. Anm. [25]); der Bezug auf fr. 15. *de Praescr. verb.* ist unpassend. Aehnlich Wening §. 238. (92. a. E.). Bülow, Abhandl. B. I. S. 271. betrachtet die Auslob. von Anfang herein als eine einseitige Zusage, indem es dabei an einer Annahme fehle, aber in der Voraussetzung einer erfolgenden Gegenerklärung, jene mache also den Anfang eines Vertrags aus, während diese stillschweigend oder durch eine Thatsache geschehen könne, — ebenso

§. 97.
Inhalt der Verträge.

Wie verschieden und mannigfaltig auch der Inhalt der Verträge sein kann, indem namentlich in ihnen der Grund der Unendlichkeit der obligatorischen Verhältnisse liegt (s. §. 82. z. A.), so bietet er doch, wie der der Obligationen überhaupt, mehrere allgemeinere Gesichtspunkte für rechtliche Bestimmungen dar. Zuvörderst kommt bei ihnen namentlich und vorzugsweise, ja zum Theil ausschliesslich das in Betracht, was in §. 83. u. 84. über den Gegenstand der Obligationen im Allgemeinen enthalten ist [1]. Davon hängt auch die Beurtheilung der Gültigkeit der Verträge, ganz oder zum Theil, mit ab, denn diese kann nicht weiter reichen, wie der Gegenstand als ein rechtlicher anerkannt und danach geeigenschaftet ist. Hierdurch ist die Willkühr bei Bestimmung des Inhalts der Verträge mannigfaltig beschränkt, und zwar ausser den durch den Gesichtspunkt der Sittlichkeit und Schicklichkeit gebotenen Grenzen, theils aus Rücksicht auf den absoluten Zweck gewisser Rechtsinstitute und durch das öffentliche Recht begründete Rechtsverhältnisse [2], theils aus rechtspolizeilichen Gründen, um Verarmung durch Leichtsinn in Vermögensangelegenheiten [3], oder Ruin der Schuldner durch zu grossen Druck, oder Verbrechen, Gefahren, Unredlichkeiten und Uebervortheilungen zu verhindern [4]. Alle den hierher gehörigen rechtlichen Bestimmungen zuwider laufende

Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 53., (der jedoch in Ansehung getroffener Vorbereitungen mit dem Text übereinstimmt,) er kommt dann auch (S. 274.) auf einen Innominatkontrakt zurück, der nach R. R. zwar erst mit der Leistung als eingetreten, jetzt aber schon mit der Einwilligung irgend Jemands als vollendet zu betrachten sei, die dann den Widerruf hindere, so dass es nicht der Leistung selbst bedürfe, welche nur freilich zur Begründung der Klage erforderlich sei. — Alle diese Schriftsteller zählen also Auslob. nicht zu den im Text ausgenommenen Fällen, wenn auch die beiden ersteren sie bei derselben Gelegenheit erwähnen. Puchta §. 259. 4) zählt sie hingegen ausdrücklich hierher. Unleugbar ist die Auslob. ein ganz eigenthümliches Geschäft; da der Auslobende zu Handlungen Veranlassung geben kann und will, welche zum Zweck führen, oder diesen erreichen, und seine Zusage unbestimmt an den, wem dieses gelingt, geschieht, also unter dieser Bedingung, so kann allerdings vor Eintritt solcher Aeusserungen irgend eines Anderen von keiner Obl. die Rede sein, allein das Eigenthümliche und somit die Verschiedenheit von eigentlichen Verträgen besteht darin, dass diese einmal mit der Erfüllung der Bedingung eintritt, ohne dass sie dem Auslobenden bekannt, oder eine vorherige Acceptation der Zusage geschehen zu sein braucht, vielmehr liegt eine solche in der Erfüllung selbst, und dann, dass, wenn Jemand darauf hin Vorbereitungen dazu getroffen, also bereits angefangen hat, die erforderliche Thätigkeit zu entwickeln, sein Verlangen, den Erfolg abzuwarten, indem er sonst durch Aufwand in Nachtheil gerathen könnte, als gegründet, also darin ebenfalls eine Acceptation anerkannt werden muss. Das Eigenthümliche liegt somit namentlich in der ganz abweichenden Weise der Acceptation, wodurch der Auslobende ohne sein Wissen fest verpflichtet sein kann, und so gewissermaassen durch seine einseitige Zusage. Dies bestimmt auch mich, die Auslobung hierher zu ziehen. Bis dahin steht ihm allerdings der Widerruf zu, und darin ist dann seine Zusage von den Pollicitationen sehr verschieden. Es müssen daher die Versuche, dieses Geschäft mit anderen bestimmten Verträgen zu vergleichen, scheitern; auch der mit den römischen Innom.-Kontr. ist völlig unfruchtbar und unrichtig dazu. Eine ausdrückliche Acceptation ändert an der Natur der Auslob. nichts; andere hinzutretende Umstände können allerdings ein anderes und festes Vertragsverhältniss begründen. — Savigny Obl.-Recht Bd. II. §. 61. stellt eine gemeinrechtliche Wirkung der Auslobung ganz in Abrede.

[1] S. 83. Anm. [4]. Vgl. §. 10. z. A.

[2] S. das. Anm. [20] Nr. 1. u. 2.

[3] S. z. B. fr. 8. pr. — §. 8. *de Transact.* c. 8. *eod.*

[4] Z. B. fr. 27. §. 4. fr. 53. *de Pactis*, c. 30. *eod.*

Vertragsbestimmungen sind ungültig und die Verträge, welchen ein solcher Zweck zu Grunde liegt, sind verboten [5]; zum Theil begründen solche Bestimmungen jedoch auch nur Exceptionen. Das Weitere hiervon ist bei den einzelnen Lehren und Verträgen, in welche sie eingreifen, vorzutragen. Doch ist noch in Betreff solcher Obligationen, die Sachen zum Gegenstand haben, deren Leistung unmöglich ist, (s. §. 83. 2. b. β,) hier im Allgemeinen Folgendes zu bemerken. Regel ist, dass der Vertrag nichtig ist [6]. Beim Kauf, Tausch und anderen gleichartigen Verträgen aber tritt für den Gläubiger, d. i. den Käufer u. s. w. diese Wirkung nur dann ein, wenn er jene Eigenschaft gekannt hat, oder seine Unbekanntschaft damit auf grober Nachlässigkeit beruht [7]. Entgegengesetzten Falls ist der Vertrag soweit wirksam, dass der Gläubiger (Käufer u. s. w.) Entschädigung für den Gegenstand zu fordern berechtigt ist, den ihm der Schuldner (Verkäufer u. s. w.) nicht unmittelbar verschaffen kann, mag dieser jene Eigenschaft desselben gekannt haben, oder nicht [7a].

Demnächst ist:

I. über den Inhalt der Verträge im Allgemeinen Folgendes zu bemerken. Er wird einmal durch die beabredeten Bestimmungen, und sodann durch die hiernach eintretenden rechtlichen Folgen gebildet. Die ersteren bedürfen, soweit sie zur Charakterisirung des konkreten Vertrags überhaupt gehören, namentlich also in Betreff der Subjekte und des Inhalts der Vertragsobligation, immer einer ausdrücklichen Erklärung, die letzteren verstehen sich danach von selbst; ihre besondere Bevorwortung ändert nichts am Vertrag, sie kann aber in Zweifelsfällen für die Betheiligten nützlich sein. Dagegen ist eine Abänderung derselben nach den allgemeinen Grundsätzen der §§. 19. a. E. und 24. II. 4. möglich, und diese geht dann den gesetzlichen vor [8], auch kann ein Vertrag dadurch zu einem anderen, als dem der Erklärung nach beabsichtigten und benannten, umgestaltet werden, vorausgesetzt, dass die zu dem anderen gehörigen Erfordernisse vorhanden sind und die Kontrahenten sonach diesen wirklich beabsichtigen [9]. Immer einer ausdrücklichen Beabredung bedürfen ferner die Nebenbestimmungen der Verträge (s. §. 19. a. E. §. 21. C. z. A.), denn ohne eine solche existiren dergleichen nicht weiter, als sie sich nach der Natur des konkreten Vertrags ebenfalls von selbst verstehen, mithin mehr in der Eigenschaft rechtlicher Folgen desselben erscheinen. Sie können bei

fr. 34. §. 7. fr. 46. *de Contrah. emt.* c. 22. *Mandati*, fr. 1. §. 12. *de Extraord. cognit.* fr. 7. *Mandati*, c. 9. in f. *de Professor.*

[5] S. §. 83. Anm. [20] die Stellen z. A.

[6] S. §. 83. Anm. [11].

[7] 1) Fr. 6. pr. fr. 34. §. 2. fr. 57. §. 3. fr. 70. *de Contr. emt.* 2) Fr. 15. §. 1. *eod.* Dass er dabei vom Verkäufer getäuscht worden (*deceptus*), ist nicht erforderlich. Vergl. Savigny Syst. Bd. III. S. 288. Obl.-R. Bd. II. S. 291. 3) Andere, dem Kauf gleichartige Verträge sind ihm hierin, wie in der Eviktion, gleich zu beurtheilen, s. c. 4. 29. *de Evict.*

[7a] §. 5. *I. de Emtion.*, fr. 4. 62. §. 1. *de Contr. emt.* fr. 70. *eod.* fr. 39. §. 3. *de Evict.* c. 25. *eod.* (in den drei letzten Stellen ist auch der Verkäufer als unbekannt mit der fragl. Eigenschaft gedacht. — Hiervon sind die Stellen zu verstehen, welche vom Kauf in solchen Fällen bald sagen *nulla emtio est*, fr. 15. pr. 34. §. 1. fr. 70. *de Contr. emt.* und *non contrahitur emtio* (fr. 7. *de Hered. vend.* aber mit zweifelhafter Lesart des *non*, — *quasi ex emto actio*, fr. 8. §. 1. *de Religios.* — *frustra quis sciens emit*, und demnach *a. ex emto* auf Entschädigung, §. 5. *I. d. non tenet emtio*, fr. 62. §. 1. *d.* — bald *emtio intelligitur*, *si ab ignorante emitur*, fr. 4. cit. — In Zusammenhang hiermit ist noch zu bemerken, dass in fr. 7. §. 2. *de Distr. pign.* das *nullam esse vendit.* vom Verhältniss des Berechtigten zum Käufer zu verstehen ist.

[8] Fr. 11. §. 1. *de A. E.* fr. 1. §. 6. *Depos.* Dagegen aber z. B. fr. 1. §. 45. 46. *eod.* fr. 12. pr. *de Precario.*

[9] S. z. B. fr. 1. §. 4. *de Pecun. const.* fr. 5. §. 2. *Pro socio*, fr. 6. *Pro donat.* fr. 36. *de Contr. emt.* fr. 5. pr. *de Resc. vend.* fr. 27. *de Mortis causa don.* vgl. §. 24. [24].

Verträgen sehr mannigfaltig sein und ausser Bedingungen und Zeitbestimmungen namentlich den Zweck, den Umfang einer Leistung in Nebenpunkten, wie Früchte, Interesse, Zinsen, Strafen u. s. w., den Ort derselben, ihre Art und Weise, die nähere Bezeichnung ihres Inhalts und Gegenstands und dergleichen mehr betreffen. Während die Beurtheilung der letzteren theils nach allgemeinen Grundsätzen von der Gültigkeit der Rechtsgeschäfte und dem Einfluss des Willens auf ihre Bestandtheile geschieht, theils nach den besonderen für einzelne an anderen Orten des Systems, bei den betreffenden Rechtsbegriffen und Instituten enthaltenen, gilt für die der drei zuerst genannten, ausser dem, was darüber im Allgemeinen Theil §§. 20. u. 21. enthalten ist, in der Anwendung auf Verträge im Besonderen noch Folgendes:

1. Bedingungen[10]. 1) Die sogenannten unmöglichen, aufschiebenden Bedingungen machen, wenn sie affirmative sind, den Vertrag ungültig[11], wenn negative, so werden sie für nicht beigefügt erachtet[12]; sind sie als auflösende beigefügt worden, so äussern sie in keiner von beiden Fassungen eine Wirkung[13].

2) Die Bedingungen, deren Erfüllung etwas Widerrechtliches oder Unsittliches sein würde, äussern auf Verträge ebenfalls eine zerstörende Wirkung[14], es sei denn, dass durch die Wirksamkeit einer solchen Bedingung das Schlechte nicht befördert, sondern vielmehr verhindert wird, m. a. W. also, wenn Jemand für den Fall Schuldner werden will, dass er etwas Unsittliches begehe[15]; ebenso macht die an eine unsittliche Handlung eines Dritten geknüpfte Bedingung die Obligation nur dann ungültig, wenn sie zur Beförderung des Schlechten dienen kann[16].

3) Bedingte Forderungen gehen auf die Erben dessen über, der, wenn er fortgelebt hätte, Gläubiger geworden wäre, ausser wenn die Forderung oder die Erfüllung der Bedingung streng an seine Person geknüpft gewesen wäre; gleichergestalt werden sie wider die Erben des bedingten Schuldners existent[17].

4) Aus einem bedingten Vertrag wird ein Recht dann nicht als entstanden angesehen, wenn sich feststellt, dass die Bedingung nicht in Erfüllung gehen werde. Ist ein Zeitpunkt dazu bestimmt und dieser verstrichen[18], oder versteht sich ein sol-

[10] Vgl. §. 20. Anm. [45] a. E. s. jetzt auch Brackenhöft d. Zustand d. bed. Obl. in der Zeitschrift, N. F. Bd. 9. S. 109 ff.

[11] S. §. 20. Anm. [17] a, und die Stellen der folg. Anm.

[12] Fr. 7. 8. in f. *de V. O.* §. 11. *I. de Inutil. stipul.*

[13] S. §. 20. Anm. [18]; denn affirmative werden als nicht beigefügt erachtet, negative machen die Beabredung der Wiederauflösung ungültig, s. das. Anm. [21].

[14] S. das. III. 3. u. die Anmm. [49]—[57]. Zu bemerken ist hierbei, dass die *conditio jurisjurandi* bei Verträgen nicht für eine unsittliche zu halten ist, s. fr. 19. §. *ult. de Donation.*

[15] C. 1. 2. *Si mancip.* fr. 121. §. 1. *de V. O.* dagegen ist das Versprechen unter der Bedingung, ein Verbrechen zu unterlassen oder eine Pflicht zu erfüllen, ungültig (s. §. 20. Anm. [57]) fr. 7. §. 3. *de Pactis.*

[16] Das folgt aus dem allgemeinen Zweck des Verbots unsittlicher Bedd., s. fr. 123. 137. §. 6. *de V. O.*

[17] §. 4. in f. *I. de V. O.* §. 25. *de Inutil. stipul.* fr. 8. pr. *de Periculo et commodo* fr. 57. *de V. O.* fr. 122. §. 2. 3. 5. 6. *eod.* c. 13. *de Contr. et comm. stipul.* fr. 42. pr. *de O. et A.* (s. §. 20. Anm. [28]). Vgl. hierzu *Endemann de tempore implendae condition.* p. 142 sqq.

[18] Spätere Erfüllung ist fruchtlos, wenn ein *term. ad quem*, frühere, wenn ein *term. a quo*, und wenn ein *dies* (oder *moment.*) *certus* bestimmt war, jede zu einer anderen Zeit eintretende Erfüllung, s. *Endemann de temp. implendae cond.* p. 61 sqq. Zufällige Behinderung des Betheiligten an der Frfüllung einer *condit. potest.* ändert hieran nichts. Bei testamentarischen Verfügungen treten hier zuweilen Ausnahmen ein, so dass die Bed. für erfüllt angesehen wird, s. dens. p. 65 sqq. Ueber die Frage, ob, wenn ein Zeitpunkt bestimmt worden, und schon vorher die Gewissheit eintritt,

cher stillschweigend von selbst, oder ist der Inhalt der Bedingung von der Art, dass sie nur einmal erfüllt werden kann, und die Gelegenheit dazu fruchtlos vorübergegangen, so erledigt sich weiterer Zweifel darüber. Ist aber keine Zeit festgesetzt worden, und ist die Erfüllung zu wiederholten Malen möglich, so kommt es darauf an, ob eine bestimmte Gelegenheit der Erfüllung, und namentlich die erste, nach dem Sinn des Kontrakts, wie namentlich ein Zuwiderhandeln gegen die in einer Bedingung stehenden Unterlassungen immer, oder nach der ausdrücklichen Beabredung der Kontrahenten als dazu bestimmt erscheint, widrigenfalls das Verhältniss bis zum Eintritt der Unmöglichkeit der Erfüllung schwebend bleibt[19].

5) In Folge der Regeln, dass durch den Eintritt aufschiebender Bedingungen und das Ausbleiben auflösender sich das daran geknüpfte Geschäft nun definitiv feststellt, wie wenn es von Anfang an unbedingt eingegangen worden wäre, durch das Ausbleiben der ersteren und den Eintritt der letzteren hingegen das Geschäft als gar nicht geschlossen betrachtet wird (s. §. 20. II. 2. 3.), der definitive Zustand also den obschwebend gewesenen völlig an sich zieht, gewinnen auch die, je nach verschiedenen Umständen und der Natur einzelner Verträge, namentlich aber, wenn eine Sache Gegenstand derselben gewesen und diese bereits vorläufig, also bedingt, übergeben worden war[20], möglichen und inzwischen obschwebend gebliebenen obligatorischen Beziehungen zwischen beiden Kontrahenten eine feste Gestalt, oder gänzliche Erledigung. Es beantworten sich m. a. W. hiernach die Fragen in Betreff der Gegenleistungen, des Ersatzes der Kosten, welche der Empfänger auf die Sache verwendet hat, und der Nachtheile, welche die Kontrahenten einander in Bezug darauf zugefügt haben, endlich die wegen Tragung der Gefahr des Untergangs und der Verschlechterung der Sache durch Zufall. Was

a. die Gegenleistung betrifft, so wird diese vor Eintritt der aufschiebenden Bedingungen nicht fällig[21], bleibt sie aus, so fällt die Verpflichtung zu jener nothwendig weg. Bleibt hingegen eine auflösende Bedingung aus, so stellt sich die Verpflichtung zur Gegenleistung definitiv fest[22], und wenn sie eintritt, erlischt dieselbe.

dass die Bed. nicht in Erfüllung gehen werde, die nun als begründet erscheinende Forderung sofort geltend gemacht werden könne, s. dens. p. 74 sqq. Sie ist mit der Unterscheidung zu beantworten, dass, wenn der Zeitpunkt auf die Obl. selbst und nicht blos auf die Bedingung Bezug hat, derselbe erst abgewartet werden muss, widrigenfalls nicht; s. fr. 8. 10. *de V. O.*

[19] Fr. 115. pr. *verba*: *Quodsi etc.* §. 2. *de V. O.* Bei negativen Bedd. wird der Eintritt der Gewissheit häufig erst mit dem Tod des Betheiligten eintreten, s. §. 1. *eod.* Vgl. dazu §. 88. III. von Anm. 12. u. ff. u. diese selbst, und *Endemann l. l.* p. 128 sqq. 135.

[20] Vgl. W. Sell bedingte Tradit. S. 11 ff. Für den Fall bedingter Traditionen nämlich gewinnen diese Fragen eine besondere und weiterreichende Relevanz, in sofern noch die Uebergabe einer Sache und deren mögliche Schicksale hinzukommen, was bei blossen bedingten Versprechen wegfällt. Ausserdem stehen bed. Tradit. und bed. Versprechen einander im Allgemeinen gleich. Möglich ist, dass das Geschäft unbedingt geschlossen, die Uebergabe allein aber bedingt erfolgt war, alsdann bezieht sich das Obige auf die letztere allein, s. dens. S. 12. [1], nur wird freilich meist das ganze Geschäft darin die Voraussetzung zu seinem Bestand finden, dass die Bedingung der Uebergabe eintrete, nämlich bei allen gegenseitigen Obl., und übrigens nur im entgegengesetzten Fall aus dem perfekten Geschäft eine Klage auf das Interesse begründet sein. Der letztere Fall ist aber unter dem Begriff der bed. Trad. vorher nicht verstanden, sondern die bed. als an die *caussa* der Tradition, d. i. das Geschäft gebunden vorausgesetzt. Vergl. jetzt auch die Kritik der Sell'schen Resultate von Götting in der Zeitschrift N. F. Bd. I. S. 262 ff.

[21] Fr. 5. pr. in f. *de Pignor.* fr. 19. pr. in f. *de R. C.* Die Uebergabe des Gegenstands von der anderen Seite ändert daran nichts, vergl. Sell a. a. O. S. 84 ff.

[22] Ist er im Besitz einer fruchttragenden Sache bis dahin schon gewesen, so hat er da-

Ist daher eine Gegenleistung voraus geschehen, so kann dieselbe, wenn sie irrthümlich erfolgte, so lange eine aufschiebende Bedingung schwebt, noch zurückgefordert werden[23]; bei den unter einer auflösenden Bedingung eingegangenen Geschäften muss dieselbe, weil dieses an sich als unbedingt geschlossen erscheint, geschehen, sobald von der anderen Seite die Sache geleistet ist[24]; tritt nun eine solche Bedingung ein, so kann gegen Rückgabe der Sache sammt Zubehör die Gegenleistung zurückgefordert werden[25].

b. Kosten hat der Empfänger der Sache für diese während des Obschwebens einer aufschiebenden Bedingung nicht zu bestreiten[26]; hat er es gethan in der Hoffnung, dass die Bedingung in Erfüllung gehen werde, so kann er, wenn sie ausbleibt, bei geforderter Zurückgabe des Gegenstands rücksichtlich der nothwendigen unbedingt Ersatz fordern, so dass hier ganz die Regeln des §. 52. I. 5) zur Anwendung kommen, für andere nur soweit, als ihm nicht eine Unvorsichtigkeit darin, dass er die Ungewissheit des Eintritts der Bedingung ausser Acht liess, oder dem Eigenthümer ein dieselbe in sofern überwiegender Dolus zur Last fällt, als er die Kosten wissentlich aufwenden liess und nun deren Ersatz verweigert[27]. Geht sie in Erfüllung, so hat er. natürlich nun die Kosten allein zu tragen. Hat im Fall dieser Bedingungen der Eigenthümer noch die Sache behalten und die Kosten darauf verwendet, so kann er, wenn die Bedingung eintritt und er jene zu geben hat, Ersatz dafür fordern; im umgekehrten Fall trägt er sie. Während des Obschwebens einer auflösenden Bedingung muss der Empfänger der Sache die Kosten verlegen; bleibt sie aus, so treffen sie ihn als Eigenthümer, tritt sie aber ein, so hat ihm der Rückerwerber alle nothwendigen und nützlichen Kosten zu ersetzen[28].

c. Die Frage vom Ersatz der in Bezug auf das schwebende Vertragsverhältniss und seinen Gegenstand von den Kontrahenten einander zugefügten Nachtheile kann rücksichtlich des der Sache selbst zugefügten Schadens erst nach dem Ausfall der Bedingung zur Sprache kommen, und beziehungsweise auch danach überhaupt nur entstehen. Wenn also eine aufschiebende Bedingung ausbleibt, so hat der Empfänger der Sache den ihr zugefügten Schaden dem Tradenten nach den allgemeinen Regeln von Vertretung der Culpa in Vertragsverhältnissen (s. §. 101.) zu

gegen von der Gegenleistung auch Zinsen zu entrichten. Vgl. dens. S. 166.

[23] Fr. 16. pr. 18. in f. *de Condict. indeb.*

[24] Vgl. Sell S. 204 f.

[25] Wie alle obige Sätze nothwendige Konsequenzen aus dem Princip sind, so auch dieser, s. übrigens c. 6. in f. *de Pactis inter emt.* Sind von der Sache Früchte und Accessionen andererseits zu fordern, so können darum nicht auch Zinsen von dem Preis gefordert werden, wenn der Empfänger nur wegen der etwa aufgewandten Kosten deshalb entschädigt ist, s. Sell S. 286 f. Uebrigens tritt die obige Regel natürlich nicht ein, wenn, wie z. B. bei der *lex commissoria*, die bereits entrichtete Gegenleistung zur Strafe verloren geht, fr. 6. pr. *de Lege commiss.*

[26] Denn die Sache gehört ihm nicht; Sell S. 81 ff. bemerkt hier noch, dass der Tradent, wegen des eventuellen Ersatzes der seinerseits also aufzuwendenden Kosten bei Eintritt der Bed. Kaution fordern könne, und dass andererseits der Empfänger, wenn er den Aufwand für die Sache bestritten, Entschädigung, der Tradent dagegen wieder Kaution für denselben Fall, und, wenn es für Früchte geschehen, und diese dem Empfänger *pendente conditione* abgefordert würden, er an ihnen ein Ret.-R. für die Kosten ausüben könne, die Vergütung dafür aber bei späterem Eintritt der Bed. wieder erstatten müsse. Diese Konsequenzen möchten bis auf die Nothwendigkeit zur Kautionsleistung richtig sein, welche ich doch nicht genug begründet finde.

[27] Vergl. dens. S. 177 ff.

[28] Fr. 14. *de Mortis causa donat.* vergl. dens. S. 283. und wegen der vorhergehenden Sätze S. 204. u. 83.

ersetzen [29]. Nach gleichem Maasstab ist anderer Schaden in Bezug auf das Vertragsverhältniss überhaupt, welcher gegenseitig möglich ist, zu erstatten [30]. Tritt eine auflösende Bedingung ein, so hat der Empfänger den Schaden, welchen er der Sache zugefügt hat, nach den für die konkrete Art des Vertrags geltenden Regeln zu ersetzen [31], der Tradent derselben aber nach gleichem Maasstab den dem ersteren durch kulpose Handlungen oder Unterlassungen überhaupt zugefügten Nachtheil [32].

d. Die Gefahr des zufälligen Untergangs der zu leistenden Sache trifft während des Schwebens der aufschiebenden Bedingung nicht den Empfänger, denn nun kann das Geschäft nicht zu Stande kommen [33]; ebensowenig die der zufälligen Verschlechterung der Sache, er hat diese vielmehr nur zurückzugeben, wie sie jetzt ist [34]. Dagegen aber leidet er unter einer solchen allerdings, wenn die Bedingung eintritt, und das zeigt sich namentlich darin, dass, wenn es nicht schon früher geschehen ist, er nun demungeachtet die volle Gegenleistung ohne Abzug gewähren muss [35]. Ist die Bedingung hingegen eine auflösende gewesen, so trifft der während des Schwebens derselben eingetretene zufällige Untergang der Sache den Empfänger, ebenso wenn sie ausbleibt, und die zufällige Verschlechterung nicht minder [36]. Tritt sie ein, so fällt bei einseitigen Obligationen der Nachtheil auf den Tradenten, d. h. der Empfänger wird von der Verpflichtung zur Rückgabe befreit [37]; bei gegenseitigen aber kann er, wenn die Bedingung eine potestative ist, und zu seinen Gunsten beigefügt, in seiner Willkühr steht, diesen Erfolg dadurch von sich abwenden, dass er ihren Eintritt verhindert, d. h. unthätig bleibt, während freilich dem Anderen im umgekehrten Fall dasselbe freisteht [38], bei zufälligen Bedingungen aber trifft der Nachtheil immer den Tradenten, weil nun feststeht, dass er niemals aufgehört hat, Eigenthümer zu sein [39]. Ist nur eine Verschlechterung der Sache eingetreten, so gelten bei auflösenden Bedingungen die nämlichen Grundsätze, d. h. die Sache braucht nur in dem Zustande zurückgegeben zu werden, in welchem sie sich befindet [40].

2. Zeitbestimmungen. Die Frage, ob sie mit allen Verträgen verknüpft werden können, lässt sich im Allgemeinen nicht beantworten, sondern es ist ihr die zu unterstellen, mit welchen sie nicht verbunden werden können? Die Antwort darauf

[29] Vergl. dens. S. 87 ff.

[30] S. dens. S. 91. 161. 179.

[31] Fr. 39. *de Mortis caussa donat.* fr. 4. pr. *de Lege commiss.* vgl. dens. S. 255 ff.

[32] Ders. S. 289.

[33] Fr. 8. pr. (10. pr.) *de Periculo et commodo* c. 5. *eod.* fr. 10. §. 3. *de J. D.*, alle diese Stellen handeln zwar nur vom Kauf, indessen ist man darüber einverstanden, dass der in ihnen enthaltene Satz von bedingten Verträgen im Allgemeinen gelten müsse und gelte; denn mit der Existenz der Sache hört das ganze Verhältniss in Bezug auf sie auf, *arg.* fr. 57. pr. *de Contrah. emt.* fr. 14. pr. *de Novat.* eine für diesen Fall im Voraus geschehene Gegenleistung kann dann zurückgefordert werden, fr. 8. pr. *d.* vgl. noch Sell a. a. O. S. 55 ff. Die in fr. 4. pr. u. 11. pr. *de R. C.* enthaltene Abweichung enthält eine Ausnahme, deren Grund in einer aus den Umständen erhellenden stillschweigenden vertragsmässigen Uebernahme des Zufalls liegt, vgl. Sell S. 59—69. u. ff. gegen eine andere Erklärung von Wächter im Archiv Bd. XV. S. 127 f.

[34] Fr. 8. pr. *d.*, s. Sell a. a. O. S. 75 ff.

[35] S. Ebendas.

[36] Fr. 11. §. 12. *Quod vi*, fr. 2. §. 1. in f. *de In diem addict.*, denn das Geschäft ist perfekt und er ist Eigenthümer. Vergl. dens. S. 203 f. 218.

[37] Vgl. dens. S. 258 ff.

[38] S. dens. S. 263 ff.

[39] Ders. S. 269 f. Hiernach folgt denn auch das Weitere für die Gegenleistung von selbst, d. h. sie braucht nicht entrichtet, und die bereits geschehene kann zurückgefordert werden.

[40] Ders. S. 275 ff.

ist aber besser bei den einzelnen zu geben; hier bedarf es nur der Bemerkung, dass sich die Statthaftigkeit der Verbindung von Anfangs- und Endtermin, soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, von selbst versteht, und das trifft denn von den meisten zu. Wenn eine Forderung an einen Anfangstermin geknüpft wird, so besteht die Obligation sogleich mit dem Vertrag (s. Bd. I. S. 179.), denn durch diesen wird sie begründet, ihre Ausübung aber wird bis zu jenem Tag verschoben und erst mit diesem möglich[41]; der Anfangstermin ist also m. a. W. stets ein Zahlungstermin[42], s. §. 91. Um die Verbindung eines Endtermins mit einer Obligation richtig zu beurtheilen, ist zu unterscheiden, ob er sich auf die Obligation unmittelbar selbst bezieht, also auf deren Dauer, oder nur den Inhalt derselben bestimmen soll. Ist das letztere der Fall, wie z. B. bei einem Miethsvertrag, oder bei einem Vertrag über das Unterlassen einer Handlung während einer gewissen Zeit, wozu derjenige, welcher sich dazu verpflichtet, sonst berechtigt wäre, so ist der Endtermin ein nothwendiger Bestandtheil des Vertrags selbst, indem er das Maas der Leistung von einer Seite bestimmt. Mit Ablauf der Zeit ist also, zugleich aber auch dann erst, die Leistung vollendet, und damit erlischt nothwendig die Obligation[43]. Ist hingegen der Gegenstand einer Obligation eine positive einmalige Handlung, oder mehrere, deren Leistung also nur einen Moment, oder doch nur einen den Umständen entsprechenden Zeitraum zur Vollendung erfordert, und ist die Dauer der ersteren durch einen Endtermin dergestalt beschränkt, dass sie mit dessen Eintritt nicht weiter soll gefordert werden können, so ist das eine Art von vertragsmässiger Verjährung der Klage, indem es dabei, um die Obligation erlöschen zu machen, gar nicht auf die Erfüllung ankommen soll. Nur im letzteren Fall besteht ein eigentlicher Endtermin für die Obligation, und ihre Erfüllung kann, wenn sie nicht bis dahin geschehen oder gefordert worden, nachher nicht weiter geltend gemacht werden; die Beifügung eines Endtermins ist somit ein bedingter Erlassvertrag[44].

3. Der Zweck, zu welchem ein Vertrag eingegangen wird, ist seinem Inhalt nach soweit gleichgültig, als er nicht unschicklich oder unsittlich ist, s. §. 83. 2) b. *α.*[45]. Seine rechtliche Bedeutung für einen Vertrag richtet sich nach seinem Interesse für die Kontrahenten, und nur wenn er das des Gläubigers berührt, hat dieser das Klagrecht auf Erfüllung oder das Interesse aus dem Vertrag[46].

41 Fr. 46. pr. *de V. O.* §. 2. *I. ej. tit.*

42 S. fr. 44. §. 1. *de O. et A. verba: Ex die* etc.

43 Vgl. Göschen Vorl. Bd. II. Abthl. II. S. 261 f.

44 §. 3. *I. de V. O.* fr. 56. §. 4. *ej. tit.* fr. 44. §. 1. *de O. et A.* Im R. R. war eine solche Beschränkung *ipso jure* ungültig, wahrscheinlich nur aus formellen Gründen, vergl. *Schrader Comm.* ad §. 3. *d. in edit. Inst.* (wegen c. ult. *de Legat.* — *temporal. contract.* — s. Göschen a. a. O.) und Savigny System Bd. III. S. 221 f., und deshalb eine *exc. doli* oder *pacti* (nach denselben Stellen) begründet. Da die formellen Gründe, welche der Stipulation angehören, jetzt wegfallen, so dürfte die Annahme, dass eine Obl. durch einen Endtermin *ipso jure* erlösche, d. h. dass auch ohne Exception des Verklagten der Richter nach seinem Eintritt keine Rechtshülfe gewähren dürfe, gerechtfertigt sein.

45 Dieser Gegenstand wird häufig mit dem Modus zusammengeworfen, während dieser (im eigentlichen Sinn) bei onerosen Geschäften nicht vorkommt, s. §. 21. Anm. 19., und woraus die unrichtigsten Folgerungen entstehen, so z. B. bei dem Streit, ob der unmögliche Inhalt dieses sog. Modus das Geschäft ungültig mache, die bejahende Meinung, vgl. Glück Komm. Bd. IV. S. 464., dass aber die Rückforderung des Gegebenen unzulässig sei, u. dgl. mehr. — Vgl. §. 88. Anm. 2.

46 Nur dieses ist der entscheidende Gesichtspunkt; z. B. es hat ein Verpächter dem Pächter seines Guts, dem das Vieh gefallen ist, ein Darlehn „zur Anschaffung eines neuen Viehstands" vorgestreckt, und letzterer macht nicht den versprochenen Gebrauch davon; ständen Gläu-

II. Schon bei der Feststellung des Begriffs der Obligationen war zu bemerken, dass es unter ihnen auch solche gebe, wonach von den dadurch verbundenen Personen jede der anderen zu einer Leistung verpflichtet, d. h. jede Gläubiger und jede Schuldner sein könne (s. §. 82. z. A. und B. a. E.), und dass es Verhältnisse gebe, deren Natur das nothwendig mit sich bringe. Beide Arten von Obligationen können nur aus Verträgen entspringen, weshalb dort das Weitere darüber hierher verwiesen wurde [47]. Die ersteren stehen nur in einer zufälligen Verwandtschaft mit einander in sofern, als es in einigen bestimmten und in einigen fingirten Vertragsverhältnissen durch Umstände, welche mit der Natur und dem Zweck derselben in keiner wesentlichen Verbindung stehen, sich ereignen kann, dass der Schuldner in Bezug auf das Vertragsverhältniss und die Erfüllung der ihm danach obliegenden Leistungen Gegenforderungen an den Gläubiger erwirbt. Die Verhältnisse nämlich, aus welchen sie entspringen können, haben das mit einander gemein, dass der Schuldner dem Gläubiger entweder zur Rückgabe bestimmter nicht fungibler Sachen, oder zu einem nicht durch eine Gegenleistung vergüteten Handeln für ihn, oder zu beiden neben einander verpflichtet ist, wobei der Schuldner in den Fall kommen kann, entweder zur Erhaltung der Sache oder bei der Besorgung der Angelegenheiten des Gläubigers Auslagen zu bestreiten, oder Einbussen zu haben. Zu deren Ersatz ist nun der Gläubiger theils darum rechtlich gehalten, weil die ersteren für denselben und in seinem Interesse aufgewendet worden sind, theils darum, weil er sich mit des Schuldners Schaden bereichern würde, wenn diesem die letzteren nicht gut gethan werden sollten. Hierin liegt nichts Gegenseitiges in Bezug auf das Verhältniss selbst, vielmehr ist die der Gegenforderung zu Grunde liegende Obligation eine selbstständige, nur dass sie ohne ein solches schon bestehendes Verhältniss nicht entstehen kann, und ihre ferneren Schicksale sind von diesem so abhängig, wie die der Hauptforderung aus jenem von ihnen. Die möglichen Gegenforderungen des Schuldners sind daher auch nicht Inhalt der Vertragsbestimmungen, sondern sie sind durch den Eintritt der Voraussetzungen dazu von selbst begründet, und müssten, wenn man die Obligationen nach ihrer Entstehung spezieller klassifiziren will, zu den dann sog. gesetzlichen gezählt werden. Zum Schutz der daraus entspringenden Ansprüche steht dem Schuldner als Gläubiger nicht nur das Rechtsmittel der Exception (*doli*) mit der Befugniss der Retention der bezüglichen Gegenstände, soweit sie nicht ausdrücklich ausgeschlossen ist, und der Kompensation zu, sondern auch eine Klage (*a. contraria*) [48]. — Ganz anders aber verhält es sich mit den

biger und Schuldner nicht in diesem oder einem ähnlichen Verhältniss, so würde es für ersteren gleichgültig sein, was letzterer ungeachtet einer solchen Bestimmung mit dem dargeliehenen Gelde beginnt. Ob nun aber, wenn eine solche, wie die beispielsweise gedachte oder eine ähnliche Klausel gebraucht worden, damit von dem Schuldner auch eine wirkliche Verbindlichkeit übernommen worden, oder ob blos eine unbestimmte Rede darin enthalten ist, kann Sache der Auslegung sein, feststehen muss sie natürlich, wenn sie die obige Folge haben soll.

[47] S. übrigens das. Anm. [21].

[48] In der Eintheilung der Obl. in ein- und gegenseitige gehören die obigen also zu den ersteren, vergl. die cit. Anm. [21] und über die dazu gehörigen bes. Pfordten Abh. S. 311 ff. Allerdings sind sie durch die im Text gedachten bei ihnen vorkommenden Umstände vor den rein einseitigen ausgezeichnet, die Bezeichnung von gegenseitigen aber ist doch unpassend und geeignet, Verwechselungen herbeizuführen, auch handelt es sich hier nicht um eigentliche Gegenleistungen, d. h. solche, die gegen einander ausgetauscht werden sollen, oder nothwendig aus dem Vertrag folgen, sondern um zufällig entstehende Gegenforderungen. Solche sind nun aber, auf Schäden und Interesse gerichtet, selbst bei rein einseitigen Obl. nicht unmöglich, wenn der Gläubiger in Bezug darauf in irgend einer Weise schuldvoll

zwei- oder gegenseitigen Obligationen und Verträgen. Deren Inhalt besteht in einem Austausch von Leistungen von jeder Seite der Kontrahenten, wobei jeder in Betreff der eigenen Leistung Schuldner, und in Betreff der vom Anderen zu gewährenden Gläubiger des anderen wird (*ultro citroque obligationem*)[49]. Hierbei ist jede eine nothwendige Voraussetzung der anderen, es ist unmöglich, dass eine ohne die andere entstehen kann, und stets ist die Entstehung beider bezweckt[50]. Uebrigens stehen beide Obligationen unter ihren eigenthümlichen rechtlichen Bestimmungen[51]. Diese gegenseitigen Verträge umfassen alle diejenigen Leistungen, welche ein Geben um ein Geben, oder ein Handeln im weitesten Sinn um ein Handeln, oder irgend eine Variation dieser Begriffe durch eine Verbindung oder eine Negative, oder wie sonst begreifen, nur immer die gegenseitige Beziehung aufrecht erhalten gedacht[52]. Unter diesen sind nur eine gewisse Zahl zu einer für sie bestimmten und vollkommenen Ausbildung gelangt, und haben auch feste Kunstnamen erhalten, wie der Kaufkontrakt, der Miethkontrakt u. s. w., namentlich giebt es eine ganze Anzahl von Rechtsinstituten und Begriffen, welche vorzugsweise in Bezug auf den ersteren entstanden und ausgebildet worden sind[53]. Wenn nun also zwar diese als besondere einzelne Verträge im System derselben allein dargestellt werden können, so sind doch in den für sie bestehenden Normen allgemeine für alle möglichen Gestaltungen derselben, soweit sich dabei Veranlassung darbietet, zur Anwendung kommende Analogien gegeben. Die diesen Verträgen vermöge ihrer gegenseitigen Natur gemeinsamen wichtigsten Wirkungen sind aber folgende:

1) Ein solcher Vertrag kann unter Umständen zu Stande gekommen sein, wonach die Einwilligung oder die Handlungsfähigkeit des einen von beiden Kontrahenten an einem solchen Mangel leidet, dass er auf die Erfüllung mit Erfolg nicht würde in Anspruch genommen werden können (s. §. 98. II. und Bd. I. S. 140. 143.); das hindert ihn aber nicht, dieselbe vom anderen zu fordern, aber vermöge der Gegenseitigkeit des Verhältnisses kann er das nicht, ohne seine Gegenleistung anzuerkennen, und somit wird denn hierdurch und durch den einwandsweise geschehenden Bezug hierauf von Seiten des an sich vollwirksam verpflichteten anderen Kontrahenten das gesammte Vertragsverhältniss zur Existenz und zu seiner individuellen Wirksamkeit gebracht[54].

2) Da diese Verträge einen gegenseitigen Vortheil bezwecken, so haftet jeder Kontrahent dem anderen für alle und jede Schuld in Bezug auf das bestehende Verhältniss[55], s. §. 101. Nr. II., und wenn Sachen dadurch übertragen worden sind, für die Entwährung und sonstigen vertragswidrigen Mängel derselben[56].

3) Dass die gegenseitigen Leistungen in einem gleichen oder gewissen Werthsverhältniss zu einander stehen, ist nicht erforderlich[57], ausgenommen soweit der Begriff der sog. enormen Läsion eintritt (s. darüber die Lehre vom Kauf).

gehandelt hat, doch giebt es dafür nur eine *exc.* und *actio doli* nach deren eigenthümlichen Voraussetzungen. Vergl. Thibaut System §. 473. 8. Ausg. Pfordten S. 313.

49 Fr. 19. *de V. S.*

50 Vgl. Liebe in der Zeitschrift Bd. XV. S. 192. 233. b) f. s. jedoch die Bem. wider die hiermit verbundenen Ansichten desselben in §. 82. Anm. 21 u. §. 96. Anm. 3.

51 Vgl. dens. S. 234. Dies tritt namentlich in den aus ihnen entspringenden zwei *act. directae* hervor, s. Schilling Instit. §. 108. 2).

52 Fr. 5. pr. 6. *de Praescr. verb.* coll. fr. 7. §. 2. *de Pactis*, fr. 1. pr. *de Aestimatoria* fr. 16. pr. 22. *de Praescr. verb.* fr. 19. *de V. S.* vgl. §. 96. Anmerk. 3 u. Pfordten S. 319 f.

53 S. vor. Anm.

54 S. Bd. I. S. 137. 24 140. 25 bes. wegen der Unmündigen, u. fr. 34. §. *de Contrah. emt.*

55 Fr. 108. §. 12. *de Leg.* I.

56 Fr. 1. §. 1. fr. 2. *de Permutat.* fr. 5. §. 2. (*verb. Sed etsi* etc.) *de Praescr. verb.* fr. 19. §. 5. *de Aedil. Ed.*

57 Fr. 22. §. 3. *Locati.*

4) Da bei gegenseitigen Verträgen jeder Kontrahent etwas zu leisten hat, so kann ihm, wenn er das ihm Schuldige fordert, ohne selbst schon geleistet zu haben, oder wenn es an ihm gelegen hat, dass dies nicht bereits geschehen sei, wenn nicht besondere Gründe zu seinen Gunsten vorliegen, stets vom angegriffenen Schuldner entgegnet werden, dass er ja selbst noch nicht seiner Obliegenheit aus dem Vertrag nachgekommen, die doch eine Voraussetzung seiner eigenen Forderung sei[58]. Solche Gründe können zunächst in einer von den Kontrahenten beabredeten besonderen Bestimmung über die Modalität und Ordnung der Leistungen bestehen. Eine Uebereinkunft der Art kommt, wenn auch nicht für jeden einzelnen Fall besonders, so doch ein für allemal als bevorwortet, oder nach der von einer Seite bekannt gemachten Art und Weise, wie nur kontrahirt werden werde, als sich von selbst verstehend, häufig vor, so z. B. bei allen Transporten von Personen durch die Post oder die Eisenbahnen und Dampfschiffe, bei öffentlichen Schauspielen u. s. w. in Betreff der Vorauszahlung, bevor von der anderen Seite die Leistung geschieht; — so ferner eine stillschweigende nach allgemeinem Gebrauch rücksichtlich des umgekehrt zuerst zu leistenden Transports von Sachen durch Frachtfuhren und der erst nach der Ablieferung geschehen sollenden Zahlung. Bei vielen anderen Geschäften ferner ist die Antwort auf die Frage, wer zuerst zu leisten habe, oder wie die beiderseitigen Leistungen erfolgen sollen, aus der Natur der Verträge und der danach, oder, was sich zuweilen nicht unterscheiden lässt, aus dem allgemeinen Gebrauch und der demgemäss zu vermuthenden Absicht der Kontrahenten zu entnehmen, so z. B. bei der Miethe von Wohnungen und dem Pacht von Grundstücken, dass der Verpächter zuerst diese einzuräumen, und der Pächter erst im Lauf der Pachtzeit, wenn etwa viertel-, oder halb-, oder ganzjährige Zahlung des Pachtgelds, ohne ausdrückliche Bestimmung der Voraus- oder Nachzahlung beliebt worden, oder erst nach deren Ablauf zu zahlen habe. Wo es an solchen besonderen Gründen und maasgebenden Umständen fehlt, wie z. B. beim Kauf, da lässt sich nicht in einer Regel ausdrücken, wer zuerst zu leisten habe[59], indem so wenig ohne Weiteres angenommen werden kann, dass der Verkäufer habe kreditiren, als dass der Käufer vor Empfang der Sache sein Geld weggeben, oder überhaupt der eine von beiden Kontrahenten die Entäusserung aus seinem Vermögen oder die Vermehrung dessen seines Mitkontrahenten früher habe bewirken wollen, bevor ihm dasselbe von diesem zu Theil geworden sei. Es lässt sich daher, da beides für und wegen einander geschieht, nur die Absicht annehmen, dass die gegenseitigen Leistungen gleichzeitig, oder doch unmittelbar hintereinander geschehen sollen. In den Fällen nun, wo aus besonderen Gründen die Reihenfolge der gegenseitigen Leistungen feststeht, kann natürlich der, an welchen die erste geschehen soll, Klage darauf erheben, bevor er selbst geleistet hat, und der andere erst nach seinerseits bewirkter Leistung[60]. Da aber, wo das nicht zutrifft, ist allerdings für jeden Kontrahenten die Klage aus dem Vertrag begründet, sobald dieser perfekt ist; hat er jedoch dann, wenn er Klage erhebt, die ihm obliegende Leistung noch gar nicht, oder nicht vollständig und vertragsmässig bewirkt, oder ist er nicht wenigstens bereit dazu, so kann der Verklagte daher einen Vertheidigungsgrund wider dieselbe entnehmen[61]. Die Folgen

[58] S. Anm. [61] u. c. 21. in f. *de Pactis*.

[59] Vergeblich ist das versucht worden von Schenck im Archiv Bd. XVII. S. 414 ff. XX. S. 472 ff. (der Käufer müsse zuerst leisten) s. dagegen Heerwart ebendas. Bd. XVIII. S. 389. XXIII. S. 252 ff. Pfordten S. 321 f.

[60] 1) Fr. 24. §. 4. fr. 60. pr. *Locati*. 2) 229. fr. 30. §. 3. *eod.* vgl. Pfordten S. 322.

[61] Ueber diese sog. *exc. non adimpleti contractus* ist nach dem im Text a. E. angedeuteten Gesichtspunkt hin, also wegen ihrer eigentlichen Natur, und wegen der daraus folgenden

einer solchen Nichterfüllung können sehr verschieden sein, je nach Verschiedenheit der einzelnen Leistungen, welche den Gesammtbegriff der Verpflichtungen des Klägers aus dem gegenseitigen Vertrag ausmachen, und kommen im Resultat darauf hinaus, dass sie entweder einen zerstörenden Einfluss, ganz oder theilweise, auf das gesammte gegenseitige Verhältniss, oder doch auf die Forderung des Klägers äussern, oder nur einen verzögerlichen in sofern, als der Klage ein solcher Bezug zur Schuld des Klägers angewiesen wird, dass jener ohne und vor Erfüllung dieser nicht Folge gegeben wird. Will also der Kläger mit seiner Forderung durchdringen, so muss er behaupten, dass seinerseits den Vertragsobliegenheiten Genüge geschehen, oder dass dieses ohne seine Schuld unterblieben (s. nachher Nr. 5)), oder erklären, dass

Beweislast, eine weitschichtige Meinungsverschiedenheit verbreitet gewesen, s. darüber Sintenis Abh. in d. Ztschrft. Bd. XVI. S. 254 ff. XVII. 253 ff. Vor Allem ist zu bemerken, dass, was in diesem Kreis meist in ausschliesslicher oder doch vorherrschender Beziehung auf den Kauf gegenseitig behauptet und bestritten zu werden pflegt, eine allgemeine Bedeutung für alle gegenseitige Verträge hat, bei denen gleichzeitige Leistung als beabsichtigt erscheint, wenn auch jener am häufigsten Gelegenheit zu den hier entstehenden Fragen darbietet, wie dieses schon die Quellenzeugnisse ergeben; vgl. Pfordten a. a. O. S. 322, in anderer Anwendung aber kann von der sog. *exc.* keine Rede sein. Die Hauptansichten nun, welche man dem Wesen derselben abgewonnen hat, sind: 1) sie sei eine verneinende Einrede, s. die bei Glück Bd. XVII. S. 229[4] Gen., wovon man jedoch neuerlich ganz zurückgekommen ist; 2) sie sei eine negative Einlassung, indem das Anführen der Erfüllung zum Klaggrund gehöre; 3) sie sei eine wahre Einrede; s. den Bericht hierüber bei Sintenis a. a. O. S. 255 ff. Die Hauptresultate meiner Abh. und die Hauptpunkte, auf welche es zur Beurtheilung dieser Streitfrage ankommt, (u. mit denen sich einverstanden erklärt Schäfer in der Ztschrft. N. F. Bd. VIII. S. 254 ff.) sind folgende: 1) Es ist vergeblich, den Begriff der *exc. n. ad. c.* von vornherein als einen fest begründeten und existirenden zu betrachten, um dessen richtige Auffassung und Erklärung seiner rechtlichen Natur es sich nur handle. Schon dem Wortsinn nach leuchtet es ein, dass sich darunter das Gegentheil von allem dem verstehen lasse, was ein Schuldner leisten muss (Sintenis S. 286 ff.); und das haben denn alle Stimmführer in diesem Streit nicht einmal unterschieden, oder wenn sie es unterschieden haben, wieder eine unerweisliche Verschiedenheit in der Beweislast der Nichterfüllung behauptet, während der Charakter der Behauptung von dieser letzteren als einer Verneinung überall derselbe ist, (s. 273 ff.) und übrigens die blos dilatorische Eigenschaft der *exc.* als diejenige, von welcher hier allein die Rede sei, festgehalten. 2) Es ist aber unmöglich, von dem Standpunkt im heutigen Prozess aus *a priori* zu demonstriren, und dabei die Quellenzeugnisse auf heutige Klagvorträge für anwendbar zu halten. Denn: 3) namentlich von den Stellen, aus welchen man die Existenz dieser *exc.* im R. R. unmittelbar beweisen will, Gaius IV. §. 126. fr. 25. *de A. E.* fr. 5. §. 4. *de Doli exc.* u. c. 5. *de Evict.*, sind die zwei ersten gar nicht von einer dilatorischen, sondern von einer zerstörlichen Wirkung, und sodann beide mit der ersten, die von einer der ersteren Art handelt, nicht davon zu verstehen, dass die *exc.* wider die *a. emti* oder *venditi*, sondern, dass sie wider die *a. ex stipulatu* Platz ergreife (S. 289 ff.). Die vierte endlich spricht nur von einer *exc. doli*, mit dieser aber verhält es sich: 4) hier so. Wie die Klageformeln bei den Römern überhaupt nicht alle die Punkte enthielten, welche zu einer heutigen vollständigen Klageschrift erfordert werden, so enthielten namentlich die *ex emto* und *ex vendito* weder die Zahlung des Preises noch die Uebergabe der Sache als Voraussetzung der Verurtheilung (S. 259.). 5) Von Seiten des Verklagten wurde dies, wenn die Umstände danach waren, durch *exc. doli* und ähnliche mit zur Sprache gebracht, welche der Natur der *bon. fid.* Klagen gemäss gar nicht in die Formel aufgenommen werden konnte (S. 255), übrigens aber ein Mittel war, durch Verneinung häufig solche Punkte mit zur Verhandlung zu ziehen, die gegenwärtig als nothwendiger Theil der Klageschrift u. als Voraussetzung des Klagerechts zu betrachten sind, dem römischen *judex* aber durch die Formel der Klage an sich nicht zur Erörterung mit aufgegeben waren (S. 259 ff.). Uebrigens bot bei *b. f.* Kla-

er gleichzeitig dazu bereit sei. Da die Existenz der Gegenforderung des Verklagten hier schon vermöge der Natur des Vertrags, aus welchem andererseits geklagt wird, feststeht, so ist die Behauptung von Seiten des Verklagten, sie sei ganz oder theilweise noch unerfüllt, zwar stets in prozessualischer Hinsicht eine Verneinung; soweit sie hingegen die Beschaffenheit des Geleisteten, oder die Art und Weise betrifft, also Mängel dieser rügt, ist sie dies nur in sofern, als der Gegner mit der Thatsache der Erfüllung vermöge des Begriffs derselben und seiner Anwendung auf den konkreten Fall nothwendig auch die schuldige Modalität der Leistung und die Beschaffenheit des Geleisteten rücksichtlich seiner Identität mit dem Inhalt der Obligation behauptet; im Uebrigen aber enthält das Anführen des Verklagten selbst-

gen die Art der Verhandlung vor dem Richter auch ohne ausdrücklichen Bezug des Verklagten auf ein daher zu nehmendes Schutzmittel Gelegenheit, diese Punkte, soweit sie für die *condemnatio ex aequitate* relevant waren, zu berücksichtigen und zu erörtern (S. 285. 87.). — Andererseits aber können auch die Stellen, auf welche die Ansicht direkt gegründet wird, dass bei der Klage *ex emto et vendito* die Tradition oder Zahlung behauptet oder offerirt werden müsse, wie fr. 13. §. 8. *de A. E.* hier aus den vorgedachten Gründen als nichts beweisend bei Seite gesetzt werden. (Vergl. auch Steinfeld *de defens. rei ex fundam. non adimpl. contr. oriunda*, *Marb.* 1841. p. 43. — übrigens unbedeutend.) 6) Im deutschen Prozess ist der Grundsatz vorherrschend, u. namentlich durch das schriftliche Verfahren befördert, dass die Gesuche im Prozess und also der Klagen als allseitig wohlbegründete Schlüsse erscheinen müssen, wobei die Rechtsverhältnisse nach ihrer gesammten wesentlichen Bedeutung und ihrem Zweck aufzufassen sind, und somit Manches zu der Grundlage und der rechtlichen Möglichkeit, einen bestimmten Anspruch zu erheben, hinzuzunehmen ist, was im röm. Prozess nicht nothwendig zur Verhandlung kommen musste. (S. 285 ff.) 7) Hierdurch sind für viele Fälle Zweifel entstanden, so dass die Abfassung einer richtigen Klageschrift zuweilen eine nicht leichte Aufgabe ist. Namentlich ist für die Klageschriften aus dem Kauf nachzuweisen, dass die Ansichten darüber, ob die Zahlung und die Tradition in der Klage als geschehen, oder die Bereitwilligkeit dazu erklärt werden müsse, gewechselt haben; in der früheren Zeit der Anwendung des R. R. hielt man sich, beides verneinend, streng der römischen Klageformel gemäs, und fand in der Verneinung Exceptionsstoff; s. *Durantis Specul. jur.* Lib. IV. Part. 3. p. 248 sq. I. P. 2. p. 178. Nr. 60. Später änderte sich dies, und man nahm an, dass die Klage diese Umstände mitanführen müsse; s. Sebast. Brant Clagspiegel, Strasb. 1533. Fol. LXVI. sqq. Laienspiegel, Strasb. 1530. Fol. 78—79; seit *Zanger de Except.* p. 650 (geb. 1557) ist die *exc. non ad. contr.* ein in Deutschland gangbarer Begriff geworden, welche dann eigentlich voraussetzt, dass in der Klage der diesseitigen Erfüllung oder Bereitwilligkeit nicht gedacht sei, weil es sonst am Leugnen beider bewenden könnte. Doch findet man auch häufig beides neben einander. Seitdem haben nun aber auch die beiden im Text gedachten Fassungen der Klagenvorträge sich neben einander als gangbar erhalten. Nach m. E. darf nach den allgemeinen Grundsätzen über die Abfassung der Prozessschriften, deren Vollständigkeit und Schlüssigkeit, an den Kläger die Anforderung gestellt werden, durch seinen Vortrag dem Richter eine vollständige Anschauung der Sachlage zu verschaffen, und dazu gehört die Frage, wie es mit der eignen Leistung stehe, und daher sollte auch dieser eigentlich im Klaglibell in einer dazu hinreichenden Weise, z. B. nur gebetene Verurtheilung gegen Empfang der Gegenleistung, gedacht sein. Ist das nicht geschehen, so pflegt dennoch die Erfüllung, als stillschweigend in der Klage behauptet, nicht selten betrachtet und diese somit aufrecht erhalten zu werden, also namentlich, wenn der Verklagte die *exc.* vorschützt und ihr der Kläger *replicando* widerspricht, s. Gönner, Handb. des Proz. Bd. II. S. 209, dagegen aber Heerwart im Archiv Bd. VII. S. 336. Will man nun diesen Widerspruch als eine *replica solutionis* betrachten, so ist dies, jene Annahme vorausgesetzt, praktisch einerlei, ohne dieselbe aber würde die Klage an einem Formmangel leiden. Der von Vangerow a. a. O. S. 288. noch gegen diese Auffassung erhobene Einwand, „dass nach der richtigen Ansicht (welche dieses Anführen in der Klage nicht erfordere,) das Gegentheil gelte und gar keiner Ausführung be-

ständige Behauptungen, indem damit die Leistung zwar als geschehen zugegeben, aber ein Fehler ihres Inhalts behauptet wird. Hiernach regelt sich, in Uebereinstimmung mit den allgemeinen prozessualischen Regeln darüber, die Vertheilung der Beweislast, welche mithin rücksichtlich der Erfüllung überhaupt immer auf den Kläger (beziehungsweise auf den Verklagten, wenn dieser excipiendo wider eine von dem Vertragsverhältniss ganz unabhängige Klage erst dieses zu seiner Vertheidigung geltend macht und dadurch dem Kläger gleich wird) fällt. Die Frage nun, ob aus dem Gesichtspunkte des heutigen Prozessrechts die Behauptung der Erfüllung ein Bestandtheil des Klagegrunds, oder einer Einrede der Zahlung gleichzuachten und mithin eine (wenn ihrer in der Klage gedacht worden, anticipirte)

dürfe,“ ist nur ein Echo gleicher Behauptungen im umgekehrten Sinn; (s. z. B. Treitschke im Archiv Bd. XXII. S. 284. und *Steinfeld l. l.* p. 48.) wenn nun aber eine für die Rechtsbildung in Deutschland so bedeutende und angesehene, wie die gesammte sächsische Praxis (s. Treitschke S. 278.) die diesseits vorgezogene Ansicht für das heutige Prozessrecht längst festgehalten hat, so ist die jenseitige Annahme eines Mangels der gedachten Nothwendigkeit mindestens eine Selbsttäuschung. Vangerow's fernere Einwürfe, dass ja dann auch, wenn wegen Ungehorsams des Verklagten (gemeinprozessualisch) fingirt werde, dass die Klage geleugnet sei, der Kläger die Erfüllung beweisen müsse, und dass aus einem zweiseitigen Vertrag nur dann exekutivisch geklagt werden könne, wenn die Erfüllung urkundlich bewiesen werde, sind natürlich keine Gegengründe, sondern allerdings ganz richtige Konsequenzen der diesseitigen Ansicht, weshalb es denn auch in der Partikulargesetzgebung gemeinsächsischer Länder nicht an Vorschriften über die Zulässigkeit des Exekutivprozesses in solchen Fällen fehlt. Nur das mag daher noch wider die Meinung, des Klägers Erklärung rücksichtlich der Erfüllung erscheine der *exc.* gegenüber einfach als Replik, erinnert werden, dass, wenn sie noch nicht geschehen, sondern er nur dazu bereit ist, es doch in der That eine ganz seltsame *exceptio exceptionis* wäre, „ich habe zwar noch nicht bezahlt, bin aber bereit dazu.“ — Ueber die Beweislast endlich ist man gegenwärtig einig, dass sie einfach nach den allgemeinen Grundsätzen von dem Beweis zu reguliren sei, wonach der Verklagte, da der Grund seiner Gegenforderung feststeht, und er deren Erfüllung negirt, niemals die Nichterfüllung zu beweisen hat. Vergl. bes. Weber Beweisführung VI. §. 27. Heerwart a. a. O. S. 349. Fritz zu Wen. a. a. O. S. 149. Vangerow S. 286. Dagegen aber kann allerdings hierüber dadurch Zweifel entstehen, wenn für den Begriff der Erfüllung nicht blos die Frage, ob sie überhaupt und ganz erfolgt sei, sondern auch, ob gehörig, d. h. in Uebereinstimmung mit dem Inhalt des Kontrakts, und rücksichtlich der Modalität und der Qualität der geleisteten Gegenstände, in Betracht kommt, und der Verklagte dahin eingreifende verneinende Behauptungen aufstellt. Man hat dafür den Begriff der *exc. non rite adimpleti contr.* erfunden und damit in Bezug gebracht, wodurch zahlreiche Meinungsverschiedenheiten entstanden sind. Daher hat denn dieses Gebiet seine besondere Kontroversenliteratur, s. Glück Komm. Bd. XVII. S. 231. und die dort Gen. Heerwart im Archiv Bd. VII. S. 353 ff. Schenck das. Bd. XX. S. 367 ff. Treitschke das. Bd. XXII. S. 434. und über das qualifizirte Geständniss in Anwendung hierauf Weber über Beweislast Nr. VI. §. 42. vgl. mit §. 27. Zur richtigen Einsicht in die hier gemeinten Beziehungen ist vor allen Dingen soviel gewiss und jetzt ebenfalls allgemein anerkannt, dass eine nicht gehörige — vertragsmässige — Erfüllung der Nichterfüllung, oder richtiger die Retention wegen der ersteren der wegen der letzteren bis sie erfolgt, gleichsteht und soweit die Bezeichnung der *exc.* als einer besonderen überflüssig und unrichtig ist. Was nun aber dazu in concreto gehöre, das kann allerdings zuweilen sehr zweifelhaft sein. Folgende Punkte dürfen darüber ebenfalls mit Zustimmung der meisten Neueren als richtig angesehen werden: 1) Streit über die Erfüllung rücksichtlich der Quantität, und einer *oblig. generis* rücksichtlich des *genus*, steht dem über jene selbst gleich. (Heerwart a. a. O. S. 354. Fritz S. 150. Vangerow S. 289. Schmid Handb. d. Proz. Bd. II. S. 8.[2] bei letzterem, bei Heerwart und bei Fritz s. auch darüber, wenn mehrere Gegenstände geschuldet werden.) 2) Streit über eine solche Eigenschaft, wonach ein Gegenstand nicht als von der

Replik sei, führt, je nachdem man das Erste oder das Zweite bejaht, im ersteren Fall zu dem Resultat, dass zu dem vollständigen Vortrag der Klage, und um danach den Anspruch als wirklich rechtlich begründet erscheinen zu lassen, das Anführen gehöre, der Kläger habe seinerseits die Leistung, welche dem Verklagten nach dem Vertrag zustehe, bereits gewährt, oder er sei wenigstens bereit dazu, — und im zweiten Fall zu dem, dass es dessen nicht bedürfe, sondern einfach die Behauptung vom Abschluss des Vertrags genüge.

5) Wenn die Leistung von der einen Seite unmöglich wird, so ist derjenige von beiden Kontrahenten, durch dessen Schuld dies geschieht, dem anderen nach den Grundsätzen von dieser zum Ersatz gehalten, im besonderen zur Rückerstattung der bereits empfangenen Gegenleistung, und er verliert, wenn diese noch nicht erfolgt war, natürlich den Anspruch auf sie [62]. Ist die Unmöglichkeit aber durch Zufall eingetreten, so regelt sich zwar die Nothwendigkeit, den Nachtheil dieses Ausfalls zu tragen, nach den allgemeinen Grundsätzen der Lehre von jenem, die Frage aber, ob der Gläubiger, für den der Anspruch auf diese durch Zufall unmöglich gewordene Leistung verloren geht, zu seiner eigenen Leistung verbunden bleibe, oder von dieser befreit werde, ist wieder mit der unter der vorigen Nummer enthaltenen Unterscheidung zu beantworten. In den Fällen nämlich, wo die Erfüllung von einer Seite der Natur des Kontrakts gemäs zuerst, also vor der diesseitigen Leistung, gefordert werden kann, geht der Anspruch auf die letztere für den Kontrahenten, welchen der Zufall von seiner Leistung befreit, verloren und er muss also das bereits Empfangene, ganz oder nach Maasgabe der zum Theil gewährten Gegenleistung, zurückgeben, z. B. ein vermiethetes Haus brennt vor Ablauf der Miethzeit ab, und es wäre etwa der Miethzins für die ganze Zeit schon voraus-

kontraktgemässen Art erscheint, ist ebenso zu beurtheilen. 3) Behaupteter Mangel solcher Eigenschaften, der als ein Fehler der Leistung erscheint, ist eine selbstständige Behauptung, also eine eigentliche Exception und vom Verklagten zu beweisen, eben sowohl wie die Behauptung versprochener und nicht gewährter Eigenschaften; auch hat beides einen ganz anderen Zweck, als den einer blossen Verzögerung. (S. diess., dem Widerspruch Treitschke's S. 436 f. vgl. mit S. 440. gegen Heerwart S. 357 ff. — dem die übrigen folgen, — scheint nur ein Misverständniss zu Grunde zu liegen und im Wesentlichen Uebereinstimmung vorhanden zu sein. Darin nämlich hat er allerdings Recht, dass, wenn in der Klage selbst eine gewisse positive Beschaffenheit als kontraktgemäs angeführt und für die Leistung behauptet, vom Verklagten aber geleugnet ist, nun dieser nicht den Mangel zu beweisen braucht. Aber das wird auch wohl von Niemandem geleugnet. Eben so verhält es sich natürlich, wenn eine gewisse Eigenschaft ausdrücklich versprochen und als gewährt in der Klage behauptet ist.) Für diese dritte Klasse von Fällen zeigt sich keine Aehnlichkeit mit den beiden vorigen; die Bezeichnung des Einwands als *e. non rite ad. contr.* ist aber auch für sie unpassend. — Diese Verhältnisse können nun noch dadurch berührt werden, wenn die Voraussetzungen zu sog. qualifizirten Geständnissen eintreten, z. B. der auf Zahlung eines bestimmten Kaufpreises für ein Haus belangte Käufer behauptet, dass er für denselben auch das Mobiliar miterhandelt, dieses aber noch nicht geliefert erhalten habe. Indessen sind diese von rein prozessualischer Natur und mit jenen Fragen nicht zu vermischen, sondern beides nach seinen besonderen Regeln zu beantworten. In dem erwähnten Beispiel leugnet nämlich der Verklagte zuvörderst das Geschäft selbst in der vom Kläger behaupteten Weise und daneben auch noch, dass dieser demselben so, wie es wirklich abgeschlossen worden, Genüge geleistet habe. Kann nun der Kläger nicht seine Behauptung erweisen, oder beweist der Verklagte die seinige, so muss ersterer (angebrachtermaassen) abgewiesen werden. — Zuletzt hat Keller in dem Jahrb. von Bekker und Muther Bd. IV. 337 ff. „Noch etwas" über beide Exceptionen geliefert, was eine ausführlichere neue Erörterung in Aussicht stellt, der sein Ableben zuvorgekommen ist.

[62] Vergl. Pfordten S. 323.

bezahlt[63]; wird dagegen die diesseitige Leistung unter solchen Umständen unmöglich, dass der Gläubiger derselben sie nicht annehmen kann, so verliert der Schuldner der ersteren nicht seinen Anspruch auf die volle, oder eine theilweise und verhältnissmässige Gegenleistung, z. B. Der, wer einem Anderen Dienste vermiethet hat, nicht den auf das Miethslohn, wenn jener inzwischen mit Tod abgegangen ist[64]. In den übrigen Fällen aber, wo die gegenseitigen Leistungen gleichzeitig gefordert werden können, verliert der, welchem der Zufall die seinige unmöglich macht, die Gegenleistung nicht, und somit trifft den Gläubiger der ersteren in sofern ein doppelter Nachtheil, dass er die eigene Forderung verliert, und die des Schuldners der letzteren befriedigen muss, oder das schon Gegebene nicht zurückfordern kann[65]. (S. hierüber weiter in §. 106. E.)

Mehrfach verschieden von den bisher als gegenseitigen ausschliesslich besprochenen Obligationen und Verträgen sind die Fälle, in welchen die Interessenten in einer Gemeinschaft in Bezug auf Vermögenstheile oder Stücke, und in sofern in einem gegenseitigen Obligationsverhältniss stehen, also der Gesellschaftsvertrag, die drei Gestaltungen der zufälligen Gemeinschaft (Communio incidens), und gemeinschaftlicher Schaden im Fall der Noth. Unter diesen ist auch nur das erste durch Vertrag begründet, während die übrigen nur als analoge Verhältnisse erscheinen. Am nächsten den anderen gegenseitigen Verträgen steht der Gesellschaftsvertrag, dagegen hat er mit den übrigen Gemeinschaftsverhältnissen das gemein, dass die Leistungen daraus in ihrem gesammten Umfang nicht von vornherein feststehen, sondern von Umständen abhängen; ingleichen, dass, wegen der Gemeinschaftlichkeit des Interesses und der Unzertrennbarkeit der darauf bezüglichen Handlungen der einzelnen Theilnehmer für sich wie für die übrigen, die Verpflichtung zur Achtsamkeit und zur Vertretung von Nachlässigkeit und Schuld dabei nur nach dem Maasstab zu beurtheilen ist, wie er dafür in eigenen Angelegenheiten angewendet zu werden pflegt[66]. Im Uebrigen aber muss auf die einzelnen Obligationen verwiesen werden.

III. Der gewöhnliche Inhalt einer vertragsmässigen Obligation kann dadurch besonders gestaltet werden, dass die Verpflichtung zu einer Leistung oder deren Gegenstand von einem bestimmt bezeichneten, aber jetzt noch für die Kontrahenten unentschiedenen Umstand dergestalt abhängig gemacht wird, dass dadurch für den einen oder den anderen Kontrahenten ein Gewinn oder ein Verlust die Folge sein kann, und den Umständen, dem Glück anheimgegeben ist[67]. Vorausgesetzt ist

[63] Fr. 15. §. 6. (s. dazu Glück Bd. XVII. S. 416.[59]) fr. 19. §. 6. fr. 30. §. 1. *Locati.* Die in fr. 1. §. 13. *de Extraord. cognit.* zu Gunsten der Advokaten und ihrer Erben enthaltene Ausnahme wegen eines vorausbezahlten Honorars ist in Bezug auf eigentlichen Ehrensold noch für anwendbar zu halten. S. noch folg. Anm.

[64] Fr. 19. §. 9. (hiernach ist in Anschlag zu bringen, ob anderweiter ähnlicher Verdienst möglich gewesen,) fr. 38. pr. fr. 61. §. 1. *Locati.* Vgl. über die allgemeine Ausdehnung dieser Stellen und darüber, dass beabredete Vorausbezahlung von Seiten dessen, welcher sonst die Leistung vom Anderen zuerst fordern könnte, an den obigen Grundsätzen nichts ändert, Pfordten S. 325 f.

[65] §. 3. *I. de Emt.* fr. 34. §. 6. *de Contrah. emt.* fr. 7. pr. 8. pr. *de Periculo et commodo.* S. dens. S. 324.

[66] Vgl. dens. S. 316 f.

[67] Auf Fälle der obigen Art wird der Begriff der Glücksverträge im weiteren Sinn oder der gewagten Geschäfte, welcher im deutschen Recht noch weitere Ausdehnung gewonnen hat, bezogen; ähnlich wird in den Quellen der Ausdruck *alea* in verschiedenen Zusammensetzungen gebraucht, s. z. B. fr. 8. §. 1. *de Contrah. emt.* fr. 7. *de Hered. v. a. vend.* und zwar zunächst von einem ungewissen Ausfall, und dann von einem davon abhängigen Gewinn. Ueber den engeren Begriff derselben s. nach-

hierbei irgend ein an sich bestimmter Vertrag, d. h. ein solcher, der den Typus irgend eines Verpflichtungsgrunds (s. §. 96. I. 4.) an sich trägt. Das Eigenthümliche der durch eine solche Beabredung modifizirten Verträge besteht aber darin, dass von dem Ausfall eines gewissen Ereignisses entweder die Existenz einer Verpflichtung, oder der Umfang einer Leistung abhängig gemacht wird, wodurch dann namentlich für gegenseitige Verträge der Erfolg möglich ist, dass der eine Kontrahent gar nichts zu leisten hat, oder eine Leistung zur anderen rücksichtlich des

her im Text. Ob die unter diesen tretenden Geschäfte als besondere im System aufzuzählen seien und wo, darüber ist Streit, s. die bei Pfordten a. a. O. S. 328. angef. Meinungen, und diesen selbst und Puchta §. 258. i) im Bes. auch wegen des Ausspielgeschäfts. Der letztere will sie gar nicht von den obigen ausgeschieden, sondern nur als eine zweite Klasse derselben angesehen wissen, weil auch diese aus reiner Lust zur Wagniss geschlossen werden können; allein der im Text enthaltene Grund scheint mir dieses unabweislich zu erheischen. Wenn dagegen der erstere sie als eine besondere Klasse von Verträgen, welche in der Eingehung zweiseitig, in der Erfüllung aber einseitig seien, absondert und als eigenthümliche Gestaltung neben den rein ein- und gegenseitigen aufführt, so ist diese Eigenthümlichkeit zwar gerechtfertigt, allein die rubrizirende Bezeichnung scheint mir nicht recht passend; da es nun einer solchen nicht nothwendig bedarf, sondern die der Glücksverträge als Anhang der gegenseitigen hinreicht, so kann man auf eine solche gänzlich verzichten. Die Glücksverträge im weiteren Sinn hingegen sind nur eine Modifikation des Inhalts anderer gewöhnlicher Verträge, wenn freilich auch keineswegs alle, sondern namentlich nur gegenseitige dazu geeignet sind. Dass sie unter Umständen in der That Glücksspielen gleich, auch solche darin eingekleidet werden können, ist durch die Virtuosität und die Vollkommenheit der Ausbildung, zu der man es in Bank- und Börsenspekulationen gebracht hat, hinlänglich bekannt; ja für viele Formen derselben ist die Grenze der Unterscheidung geradezu ungewiss. Hierdurch ist denn auch der Verkehr mit Staatspapieren, Aktien u. dgl. zu einer solchen Ausdehnung gediehen, dass er als ein besonderer Theil des Handelsrechts erscheint, und dem civilistischen Gebiet nur die schon nach R. R. vorkommenden und ihnen analogen Beispiele verbleiben. Diese aber unterscheiden sich, wie schon der Text ergiebt, von den Glücksverträgen im engeren und eigentlichen Sinn immer darin, dass sie übrigens die Eigenschaften und Erfordernisse eines ordentlichen und rechtlich vollkommen bestimmten Vertrags haben, und nur durch die Beimischung modifizirt sind, während die anderen eine in diesen Voraussetzungen völlig verschiedene und für sich stehende Klasse von Verträgen sind; m. a. W., die *caussa* der ersteren ist nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, die der letzteren ist der beabsichtigte Glücksgewinn selbst, sie begreifen ein allgemeines (abstraktes) *debere* aus einer nur dadurch charakterisirten Uebereinkunft, dass die Frage, wer Gläubiger und wer Schuldner (eines übrigens an sich bestimmten Gegenstands) werde, durch den Ausfall eines ungewissen Ereignisses entschieden werden soll. Hierin unterscheiden sie sich denn auch von den Verträgen, die unter einer zufälligen Bedingung abgeschlossen sind; deren ganzes Zustandekommen hängt von letzteren ab, während der Glücksvertrag an sich (soweit er gültig ist), vollkommen besteht. Aber auch der im weiteren Sinn darf nicht mit solchen verwechselt werden, (Mühlenbruch §. 423. zählt gleichwohl die (nichtpotestativ) bedingten Verträge zu diesen) denn, wenn danach ein Vertrag gar nicht, oder unter seinen fest beabredeten Bestimmungen zu Stande kommt, so lässt sich nicht sagen, dass er auf Gewinn und Verlust eingegangen sei, wenn der Ausfall auch noch so vortheilhaft für den einen Kontrahenten ist; das Eigenthümliche ist vielmehr hier die Unentschiedenheit der Existenz des Vertrags, welche auch für Glücksverträge im weiteren Sinn niemals vorwaltet. Nicht zu leugnen ist aber, dass hier faktische Verhältnisse zu manchen Zweifeln Veranlassung geben können; wenn z. B. von dem Ausfall eines ungewissen künftigen Ereignisses der Abschluss eines Kaufs einer werthvollen Sache zu einem Spottpreis abhängig gemacht ist, so kann ein solcher Vertrag der Wette sehr nahe kommen, oder sie verschleiern, doch würde das noch immer ein Kauf bleiben. Wenn ferner Zwei übereinkommen, dass ein dem Einen gehöriger Gegenstand, der 100 werth ist, dem Anderen für 10 verkauft werden solle, wenn er mehr

Werths in keinem Verhältniss steht. Es gehört hierher z. B. das Seedarlehn[68], der Verkauf einer künftigen Ernte[69], eines Fischzugs[70], der Hoffnung auf eine Erbschaft[71], die Annahme einer ungewissen Forderung bei Auseinandersetzungen und Erbschaftstheilungen unter deren Nennbetrag, und dergleichen. Möglich ist es, dass hierbei die Erzielung eines reinen Gewinns gegen die Gefahr eines ebenso offenbaren Verlusts beabsichtigt ist, nicht weniger aber kann ein Vertrag der Art für die Interessenten, oder doch für einen von beiden durch die Umstände geboten sein, und darum ist die Möglichkeit derselben durch das Recht gegeben[72]. Anders hingegen verhält es sich, wenn diese Wagniss der ausschliessliche Zweck und Inhalt eines Geschäfts dergestalt werden soll, dass danach einfach die Entstehung der Verpflichtung zum Geben oder Leisten irgend eines Gegenstands, also bestimmt ein Gewinn auf der einen und ein Verlust auf der anderen Seite von einem Glücksfall abhängig gemacht wird, und es somit für ein solches Uebereinkommen an einem Verpflichtungsgrunde ausserdem fehlt, dieser vielmehr in der gegenseitigen Wagniss bestehen müsste. Das sind die Spiele und Wetten, oder die Glücksverträge im eigentlichen Sinn[73]. Spiele sind Uebereinkommen, wonach von Zweien oder Mehreren, die gemeinschaftlich daran Theil nehmen, nach gewissen Regeln und unter bestimmt bezeichneten künftigen, jetzt noch ungewissen Umständen ein Gewinn für den Einen oder Einige, und dagegen ein Verlust für den oder die Anderen festgesetzt wird[74]. Wette ist dasjenige Uebereinkommen, wonach Zwei oder Mehrere,

Augen würfele, oder ein gewisses Spiel gewinne, im umgekehrten Fall aber für 300, so ist das zwar auch ein Kauf dem Schein und der Form nach, aber in der That eine Verschleierung eines Spiels um Gewinn und Verlust. Die Mannigfaltigkeit der möglichen Gestaltungen der Verhältnisse, und die der Formen des Spiels ist hier zu gross, um übersehen werden zu können. Soweit nun keine von den Verboten des Spiels her entnommene Zweifel entstehen, wird jedes Verhältniss nach den besonderen Vertragsbestimmungen zu beurtheilen, Zweifel der Art aber lediglich nach der wahren Absicht der Kontrahenten zu lösen sein, sollte auch diese durch ausdrückliche Erklärung bei Eingehung des Geschäfts verleugnet werden.

[68] Fr. 3. *de Naut. foen.* Nach fr. 5. *eod.* stehen andere gewagte Geschäfte ähnlicher Art dem gleich; s. darüber Glück Bd. XXI. S. 153 ff.

[69] Fr. 8. pr. 39. §. 1. *de Contrah. emt.* Vergl. Glück Komm. Bd. IV. S. 192 ff. XVI. S. 32 f. Dieses ist die sog. *emtio rei speratae*, wobei es in dem Begriff liegt: *ut nascatur.* Vgl. Anm. [71].

[70] Fr. 8. §. 1. *de Contrah. emt.* fr. 7. *de Hered. vend.* fr. 11. §. 18. in f. fr. 12. *de A. E.*

[71] Fr. 10. 11. 13. *de Hered. vend.* vergl. dazu Glück Bd. XVI. S. 316. Das ist die *spei emtio*, Hoffnungskauf. Ob nun ein solcher, oder eine *emtio rei speratae* eingegangen, d. h. die Absicht dahin gegangen ist, dass es nicht ganz und gar an einem Kaufobjekt fehle, kann Sache der Auslegung sein, s. Glück a. a. O. Bd. IV. S. 196 ff. u. Vangerow Leitf. Bd. III. §. 632.

[72] Das ist der Grund, weshalb das wider eigentliche Glücksverträge bestehende Verbot die obigen nicht trifft, denn damit würde die Möglichkeit der Disposition über gewisse Vermögenstücke, oder Gegenstände, die möglicher Weise einen Vermögenswerth darbieten, entzogen sein. Vgl. Pfordten S. 329.

[73] Vgl. Anm. [67].

[74] Der Begriff ist nicht bestimmt in den Quellen enthalten, und überhaupt ist er von Verschiedenen verschieden aufgefasst worden, ja Manche (z. B. Wening §. 206. q) und Souchay in der Zeitschrift Bd. III. S. 330.) leugnen die Möglichkeit, Wette und Spiel immer zu unterscheiden. Nun können zwar beide in einem Akt zusammentreffen, z. B. beim Billardspiel, wenn ausser dem Parthiegeld auch um Geld gespielt, also um den Gewinn der Parthie gewettet wird, oder wenn bei einem Wettrennen die Wettenden selbst reiten, und es ist ferner noch möglich, dass das Wetten in ein Spiel ausarten und dieses unter jenem getrieben werden kann, z. B. fortwährendes Pariren bei einem sonst einfachen und erlaubten Kartenspiel; — allein mit Recht wird ein Unterscheidungsmerkmal nicht nur in die Verschiedenheit des Motivs gesetzt, welches für das Spiel beabsichtigter Gewinn, für die Wette

welche über die Richtigkeit einer Behauptung, betreffe sie etwas Vergangenes, Gegenwärtiges oder Zukünftiges, streiten, dem unter ihnen einen Gewinn zusichern, welcher Recht hat, und den dann die übrigen als Verlust tragen[75]. Da beide in gewissen Grenzen wirklich als Rechtsgeschäfte, mithin als besondere Verträge anerkannt und rechtlich ausgebildet sind, so muss ihnen auch in der Reihe der übrigen einzelnen Verträge ihr Ort angewiesen werden.

IV. Der Inhalt der Verträge giebt Veranlassung zu manchen mehr oder minder wichtigen Eintheilungen, welche jedoch zum Theil nur als Bezeichnungen, ohne weitere doktrinelle oder systematische Bedeutung, in Betracht fallen. So unterscheidet man zuvörderst die Verträge je nach mehreren der für die Obligationen in §. 82. a. E. und §. 84. überhaupt enthaltenen Eintheilungen, und hiervon namentlich gilt die so eben geschehene Bemerkung nicht; sodann ferner: obligatorische und liberatorische (pacta de non petendo, remissoria), je nachdem sie die Begründung oder Aufhebung einer Obligation bezwecken; auch können beide Zwecke dergestalt zusammentreffen, dass eine bestehende Obligation aufgehoben und eine neue an deren Stelle gesetzt wird, worüber das Weitere in das dritte Kapitel gehört. Die letzteren (s. §. 107. A.) zerfallen wieder in *in rem pacta* und *in personam* oder *personalia pacta*[76], und zwischen diesen ist der Unterschied folgender. Die ersteren betreffen die Existenz und das Wesen der Obligation selbst, ihre Wirksamkeit reicht also über die Paciscenten hinaus, und es kann Jeder, wer principaliter oder accessorisch, unmittelbar oder mittelbar dabei dergestalt betheiligt ist, dass er aus der Obligation in Anspruch genommen werden könnte, wie Mitgläubiger oder Mitschuldner, Erben und Bürgen, sich dawider auf sie berufen[77]. Die letzteren hingegen lassen den Bestand der Obligation unangetastet, und beschränken ihre Wirksamkeit nur auf eine bestimmte daran betheiligte Person[78]. Es kann auch ein solcher Ver-

die Lust am Rechthaben in einer Meinungsverschiedenheit ist, sondern auch darin, dass die Entscheidung des Spiels immer von etwas noch Künftigem, Ungewissem, und dessen Eintritt nach den für jedes einzelne Spiel bestimmten allgemeinen Regeln abhängt, die einer Wette aber nur die Gewissheit über einen der Vergangenheit oder der Gegenwart oder Zukunft angehörigen Umstand, der Einem auch schon bekannt sein kann, endlich darin, dass wenigstens in der Regel die Spielenden irgend eine Thätigkeit entwickeln müssen, die Wettenden aber meist sich passiv verhalten. Vergl. Pfordten S. 330 f. Mühlenbruch §. 425.[1] erfordert zwar nach Thöl Verkehr mit Staatspapieren S. 270.[63], dass bei der Wette die Kontrahenten niemals den Ausgang durch eine Thätigkeit herbeiführen dürfen, allein das widerstreitet offenbar dem Sprachgebrauch; auch gehen Geschäfte der Art gar nicht etwa nothwendig in Glücksspiel über. Ist es nicht, wenn zwei Maler übereinkommen, dass der von ihnen, wessen Gemälde über denselben Gegenstand weniger Beifall vor einem bestimmten Kunstrichter finden werde, eine Anzahl Flaschen Wein zum Besten geben solle, eine Wette? Spiel ist es sicher nicht; gültig der Vertrag ohne Zweifel, — was also anders als Wette? — S. übrigens den §. 123. von Spiel und Wette, und vergl. Vangerow Bd. III. S. 497—99.

[75] Hierbei ist Mancherlei Gegenstand besonderer Erörterung und auch des Streits geworden, so namentlich: 1) ob die Leistung des Verlierenden auch einem Dritten zu Theil werden dürfe? Dies wird nach deutschem Recht bejaht, s. Wilda in der Zeitschrift für deutsches R. Bd. VIII. S. 212. M. E. entscheiden hier die Grundsätze von der Betheiligung Dritter bei Obl. 2) Ob jeder für den Fall des Verlusts etwas einsetzen müsse? Dies ist zu bejahen, anderen Falls ist entweder Konventionalstrafe oder Schenkung vorhanden, s. Schwarze und Heyne Unters. prakt. Rechts-Materien, S. 88 ff.

[76] Fr. 7. §. 8. *de Pactis*. Diese Eintheilung kommt zuweilen auch auf andere *pacta* bezogen vor, s. z. B. fr. 17. §. 5. *eod.*, wonach ein Realbezug auf einen Gegenstand zu verstehen ist.

[77] Fr. 21. §. 1. 5. fr. 27. §. 10. fr. 40. pr. *eod.*

[78] (Fr. 19. §. 1. fr. 20. 21. pr. §. 1. diese

trag zwischen Zweien von der einen Seite *in rem* und von der anderen *in personam* geschlossen werden[79]. Andere Eintheilungen der Verträge können hier auf sich beruhen.

§. 98.
Von der zum Abschluss eines Vertrags erforderlichen Willenserklärung und Willensbestimmung.

I. Für die Willenserklärung bei Eingehung von Verträgen als Rechtsgeschäften kommt zuvörderst alles das zur Anwendung, was darüber im Allgemeinen Theile §. 18. vorgetragen worden ist, und was mit der Erscheinung und Wirksamkeit derselben als einer rechtlich bedeutsamen Handlung in Zusammenhang steht, also namentlich auch die Sätze von der Handlungsfähigkeit aus §. 17. vergl. mit §. 15. III. 1. c. und IV. Die besonders praktischen Fragen über die letztere von Seiten Minderjähriger und der Kinder in väterlicher Gewalt, werden, wie dort schon bemerkt wurde, in die Lehre von dieser und von der Vormundschaft verwiesen; ebenso die über die Verträge zwischen solchen nicht selbstständigen Personen und denen, welche sie rechtlich zu vertreten haben. Die beschränkte Fähigkeit der Frauen endlich, sich durch Intercession vertragsweise zu verpflichten, ist als besonderes Recht in der Lehre von dieser vorzutragen (s. den letzten §. dieses Buches).

II. Von der Willensbestimmung zum Abschluss von Verträgen gilt ebenfalls im Allgemeinen das, was darüber in §. 22. des Allgemeinen Theils in Anwendung auf Rechtsgeschäfte überhaupt enthalten, namentlich also, was dort von den fremdartigen Einflüssen darauf, dem Zwang oder der Gewalt, der Arglist und dem Irrthum gesagt ist. Doch ist darüber hier im Besonderen noch Folgendes hervorzuheben und zu bemerken:

a. Zwang zum Abschluss von Verträgen als Motiv gedacht[1], also als Grund einer Furcht, die an sich ohne solche Veranlassung nicht in Betracht kommen kann[2], macht den Vertrag selbst nicht dergestalt ungültig und nichtig, dass er als ein Hinderniss seines Zustandekommens erscheint[3]; es kann aber der Gezwungene nicht nur, wenn er daraus, sei es vom Zwingenden oder von einem Anderen, in Anspruch genommen wird, dem Kläger die Exception der Furcht entgegensetzen, und dadurch die Entbindung von der Klage herbeiführen, sondern auch auf Wiederaufhebung des Vertrags selbst Klage erheben oder auch um Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nachsuchen[4]. Da die Anwendung der Gewalt ein Delikt ist und daraus eine besondere Obligation entspringt, so steht die Klage in sofern unter den besonderen Grundsätzen dieser[5]. Was Jemand in Folge eines erzwungenen Vertrags bereits

Stellen enthalten eine vermöge des väterlichen Gewaltsverhältnisses nothwendige Modifikation,) fr. 22. 25. §. 1. *eod.*

[79] Fr. 57. §. 1. *eod.* — Nach R. R. gehört hierher noch die Eintheilung der *str. jur.* und *bonae fidei contr.*, vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 51 f., welche jetzt als praktisch völlig verschwunden ist, s. §. 29. [50].

[1] Vgl. §. 22. Anm. [3].

[2] Fr. 9. pr. 21. pr. *Quod metus caussa.*

[3] S. das. Anm. [5] vgl. jetzt auch Vangerow Bd. III. S. 282 ff.

[4] S. §. 36. III. B. bes. Anm. [85].

[5] Aus dem Bezug der *a.* und *exc. quod metus caussa* auf Dritte, von welchen der Zwang nicht ausgegangen ist, ist hier noch ausdrücklich zu bemerken, dass diese Rechtsmittel auch wider den daran nicht Betheiligten und nichts davon wissenden Dritten, mit welchem der Gezwungene zu kontrahiren veranlasst worden, zulässig sind, fr. 9. §. 1. fr. 14. §. 3. *eod.* c. 5. *de His quae vi.* fr. 4. §. 33. *de Doli exc.*; (anders überhaupt, wenn der, welcher die Furcht erregte, gar nicht den Zwang zu dem Geschäft beabsichtigt hat, s. fr. 9. §. 1. *l. verb. Sed dicet*, etc. dagegen könnte darin ein *dolus* liegen.)

geleistet hat, wird durch die Klage rückgängig gemacht und zurückgefordert, und überhaupt dadurch vollständiger Ersatz der gehabten Schäden erreicht[6]. Vorausgesetzt ist bei dem Bisherigen, dass der Zwang auf den Abschluss des Vertrags, beziehungsweise die Vornahme der Handlung, von solchem Einfluss gewesen ist, dass sie dadurch überhaupt herbeigeführt worden (metus caussam dans), erstreckte er sich nur auf Modalitäten und einzelne Bestimmungen eines übrigens unanfechtbaren Vertrags (metus incidens), so treten zwar dieselben Folgen, aber in Beschränkung auf jene ein[7].

b. Ebenso wenig wie der Zwang, macht die Arglist (*dolus*) des einen Paciscenten, wodurch der andere bei Abschluss eines Vertrags getäuscht wird, denselben nichtig[8], indem hier der Wille selbst, nur irregeleitet, existirt (s. §. 22. II.), ausgenommen in wenigen bestimmten Vertragsformen, worüber bei diesen das Weitere[9]. Dagegen aber kann die durch Arglist herbeigeführte Täuschung einer Willenlosigkeit gleichkommen, und dann allerdings fehlt es an der zu einem Vertrag nöthigen Uebereinstimmung. Das Letztere ist in den Fällen des in §. 22. III. als uneigentlichen bezeichneten Irrthums, welcher mit einem Mangel an Einwilligung zusammentrifft, dann anzunehmen, wenn ein solches Misverständniss durch die Arglist des einen Paciscenten wider den anderen herbeigeführt worden ist; hier treten die Folgen der Nichtigkeit und die besonderen positiven Wirkungen der Arglist je nach

Das Nämliche muss von der *rest. i. i. propter metum* angenommen werden, da diese nach Analogie des *Ed.* wegen der *a. quod metus caussa* gebildet ist, vgl. Schröter in der Zeitschrift Bd. VI. S. 119. Ueber diese Wirkung, wenn ein Dritter den Zwang ausgeübt hat, ist zum Theil abweichender Meinung Glück Komm. Bd. IV. S. 179 ff., indem er, wenn schon Erfüllung geschehen, deren Redressur nicht für möglich hält; diese Unterscheidung ist unerweislich. Vgl. auch Vangerow S. 284 f. Was endlich die Anwendung des Princips des fr. 12. §. 2. *Quod metus caussa* betrifft, dass der Gezwungene einen Vermögensnachtheil gehabt haben müsse, so kann Zweifel für den Fall entstehen, wenn jener durch eine Gegenleistung von dem Vertrag keinen Schaden oder gar Nutzen haben sollte. Indessen halte ich das Verbindlichwerden wider Willen, ebenso wie die Zuneigung zu einer minder werthvollen Sache, die sie um einen hohen Preis nicht feil macht, für vollkommen ausreichend, um ein solches erzwungenes Geschäft rückgängig zu machen, und das erforderliche Interesse herzustellen. Wenn es freilich darauf ankommt, anstatt unmittelbarer Exekution der Wiederherstellung der geschehenen Rechtsveränderungen, ein solches zu berechnen, so kann allerdings der Fall eintreten, dass dies gar nicht möglich ist, und nur etwa der Begriff einer Injurie übrig sein.

[6] Nach R. R. sind ausser der Restitution folgende Rechtsmittel möglich: die *a.* und *exc. quod metus caussa*, die Kontraktsklage bei *b. f. negotiis*, c. 1. 8. *de Resc. vend.*, und auf Rückforderung des Gegebenen auch die *condictio ob injustam caussam*, fr. 7. *de Cond. ob turp.* Nachdem die prozessualischen Verschiedenheiten dieser römischen Klagen nicht nur weggefallen, sondern namentlich auch die materiellen der *a. quod metus caussa* als Strafklage, ist ein praktischer Unterschied der Klagen nicht mehr vorhanden, sondern man kann nur schlechthin von einer reden, welche je nach den Umständen des Einzelfalls zu verschiedenen Resultaten verhilft, nämlich zur Wiederaufhebung des Geschäfts, wenn es daran genügt, wie bei Verbindlichkeiten, bei Verzichten und Erlassen, die erzwungen worden, und zur Rückgabe oder der sonst erforderlichen Handlung, wenn bereits auf den Grund des erzwungenen Vertrags eine Leistung geschehen ist. Dass nun diese Klage, resp. die in concreto erhobene, allemal die *a. quod metus caussa* sei, lässt sich zwar strenggenommen nicht behaupten, indessen wird, da doch der *vis* nothwendig Erwähnung geschehen sein muss, die Klage stets als diese zu verstehen sein; da nun diese als *in rem scripta* eine eigenthümliche Ausdehnung gewonnen hat, so musste auf die eingreifende Deliktsobl. verwiesen werden.

[7] S. §. 22. Anm. [13] 2, a. E. und die dort Gen.

[8] S. Anm. [11].

[9] S. §. 22. Anm. [13] Nr. 3) a, und b,.

den Umständen noch ausserdem ein [10]. Aber auch soweit das nicht der Fall ist, wird dem durch Arglist zur Einwilligung bestimmten Paciscenten dadurch Hülfe gewährt, dass, je nachdem er dadurch überhaupt zum Abschluss des Vertrags bestimmt worden (dolus caussam dans), die Wiederaufhebung desselben gefordert, oder wenn die Arglist nur Modalitäten desselben angeht, und also die Einwilligung in einzelne Bestimmungen dadurch herbeigeführt worden (dolus incidens), Entschädigung deswegen verlangt werden kann [11].

c. Wenn der Wille bei Abschluss eines Vertrags durch einen Irrthum über irgend einen dabei in Betracht fallenden Umstand geleitet und bestimmt worden ist (s. §. 22. III. 2. C.), so kommt es darauf an, ob der Wille selbst nothwendig durch eine gewisse Voraussetzung solchergestalt als bedingt erscheint, dass, wenn sie unrichtig ist, er als nicht vorhanden, und die Erklärung desselben als nicht geschehen betrachtet werden muss [12]. In diesem Fall nämlich fehlt es an der Einwilligung zum Vertrag selbst (s. das. b.), und zwar nicht eigentlich aus Irrthum, sondern weil in Ermangelung der zutreffenden Voraussetzung der Paciscent unbewusst den Willen dazu gar nicht hat. Möglich ist dieses sowohl in der Art, dass das Misverständniss oder der Irrthum sich so äussert, dass der Wille des einen oder beider Paciscenten mit der eigenen Erklärung im Widerspruch steht (z. B. der eine kauft einen Gegenstand als einen goldenen, den der andere als nur vergoldet kennt, oder beide

[10] S. §. 22. III. 2. a. E. und Anm. [37]. Nach den Anmm. [19] und [40] ebendas. trifft mit der obigen Auffassung die gewöhnliche Doktrin, welche diese Wirkung dem durch *dolus* veranlassten, von ihr sog. wesentlichen Irrthum beilegt, im Resultat überein, vergl. Vangerow S. 274 f. Wenn in diesen Fällen die Täuschung von einem Dritten ausgegangen ist, so ergreift wider den anderen, bei dieser Arglist nicht betheiligten Paciscenten nur der Begriff des Irrthums Platz, während sowohl dann, wenn hierdurch dem Schaden nicht vollständig beigekommen werden kann, als wenn überhaupt der Fall nicht zur Wiederauflösung geeignet ist, nur gegen den Dritten die *a. doli* übrig ist, a) fr. 7. pr. *de Dolo*, b) fr. 8. *eod.* fr. 2. *de Proxenet.*; hiermit kann in seltenen Fällen die Kontraktsklage gegen den anderen Kontrahenten konkurriren, nämlich, wenn ein Betrug beim Gemäss und Gewicht vorgefallen, der andere also, welcher hierdurch Vortheil gehabt, auf das richtige Gemäss und Gewicht in Anspruch genommen werden kann, s. fr. 18. §. 3. *de Dolo*, fr. 3. §. 2. 3. *Si mensor falsum*.

[11] S. in §. 22. Anm. [13] die Beweisgründe, dass das Geschäft dem *dolus* ungeachtet besteht. Diese Ansicht ist jetzt allgemein als richtig anerkannt, s. die Pandektenlehrbb. Die Rechtsmittel, welche dem Getäuschten zustehen, sind *exc. doli* wider die aus dem Vertrag erhobene Klage, und die Klage aus diesem selbst, oder *ex dolo*. Das Resultat, welches hierdurch erreicht werden kann, ist je nach Verschiedenheit der Umstände ein verschiedenes, und damit hängt denn die dadurch sehr wohl zu rechtfertigende und nothwendige Eintheilung des *dolus caussam dans* und *incidens* zusammen, s. a. a. O. Nr. 2. Ist nämlich die durch die Arglist veranlasste Täuschung der Beweggrund dazu geworden, dass der Getäuschte überhaupt sich zu dem Vertrag herbeigelassen hat, so dass dieser für ihn ganz und gar kein Interesse hat, so muss natürlich die Wiederaufhebung desselben gefordert werden können, wenn aber die Täuschung sich nur auf einen Nebenpunkt bezog, so kann auch nur Ersatz für den dadurch erwachsenen Schaden verlangt werden, s. a) fr. 11. §. 5. *de A. E.* c. 5. 8. 10. *de Resc. vend.* b) fr. 43. §. 2. fr. 45. 57. §. 1. fr. 68. §. 1. 2. (*ut dolus malus aestimaretur,*) *de Contr. emt.* fr. 4. pr. (*quanti mea intererit*) 6. §. 9. fr. 13. §. 4. 5. (*quanto pluris emisset*) fr. 30. §. 1. fr. 32. 49. pr. *de A. E.* fr. 8. 9. pr. §. 1. *de Dolo*. In allen diesen Fällen ist die Kontraktsklage gemeint, da *b. f. neg.* vorausgesetzt sind, zur Aushülfe dient die *doli a.*, was jetzt ohne weitere praktische Bedeutung ist. Doch ist auch die Wiederaufhebung eines Geschäfts wegen *dolus incidens* nicht ganz ausgeschlossen, sondern durch die *redhibitoria a.* möglich. Da der *dolus* als eine besondere Deliktsobligation erscheint, welche auch in anderen Fällen zugefügter Vermögensnachtheile eintritt, so folgt darüber im vierten Kapitel das Weitere.

[12] Vergl. §. 22. Anm. [19] und [40].

halten ihn für golden), oder dass jeder der beiden Paciscenten etwas von der Absicht des anderen Verschiedenes will und erklärt, also jeder über den Willen des anderen irrt. Alle drei Fälle schliessen eine wirksame Willenserklärung aus, so dass ein Vertrag nicht zu Stande kommen kann [13]. Es ist bereits in §. 22. unter III. 2. C. nachgewiesen worden, welche Umstände im Allgemeinen für Handlungen als Voraussetzungen solcher Art erscheinen können. In Anwendung auf Verträge sind es namentlich: ein Misverständniss über die Art des abzuschliessenden Vertrags, also, wenn jeder Paciscent einen anderen Vertrag einzugehen gedenkt als der andere [14]; — eine Verwechselung der Person der Paciscenten, in sofern es nämlich für den konkreten Vertrag darauf ankommt, dass er gerade mit derjenigen Person geschlossen werde, mit welcher dieses von der anderen Seite beabsichtigt wird [15], Irrung über Eigenschaften, Fähigkeiten und Fertigkeiten zur Leistung kann einer solchen dann gleichkommen, wenn diese ohne jene nicht möglich ist und es an ihnen völlig fehlt [16]; — Misverständniss über die Identität der Sachen, welche Gegenstand des Vertrags sind, sowohl rücksichtlich der Individualität als der Gattung, und überhaupt in Bezug auf dieselben als solche [17]. In dieser Beziehung ist hier ausser dem, was bereits a. a. O. über den Stoff, die Qualität, soweit sie die Identität der gemeinten Art von Sachen betrifft, und die Quantität gesagt worden, noch im Besonderen Folgendes zu bemerken. Zu den Voraussetzungen eines Vertrags, welcher eine bestimmte Sache angeht, gehört vor Allem auch deren Existenz [18]. Ist dieselbe daher zur Zeit des Abschlusses des Vertrags nicht mehr vorhanden, so muss der Vertrag nichtig sein [19]. Dieses kann auch schon dann eintreten, wenn zwar die Sache nicht ganz untergegangen ist, jedoch zu dem Theil, welcher für den Vertrag eigentlich in Betracht kommt, z. B. es handelte sich um ein gewisses Haus, oder einen Wald, und dieser oder jenes wäre abgebrannt, während die Stätte natürlich geblieben ist [20]; indessen können hierbei die Natur der konkreten Verträge und die Umstände des konkreten Falls mannigfach modifizirenden Einfluss ausüben, so dass der Vertrag ungeachtet der nur theilweise zutreffenden Voraussetzung bestehen bleibt. Während nämlich der vorherige Satz in Anwendung auf gegenseitige Verträge, z. B. auf Kauf und Miethe eines Hauses, feststeht, unterliegt z. B. die Gültigkeit einer Verpfändung desselben oder eines Schenkungsversprechens darum keinem Zweifel, weil der Gläubiger, welcher hier keine Gegenleistung zu gewähren hat, für welche die Sache maasgebend ist, durch die Aufrechterhaltung des Vertrags immer noch mehr gesichert ist, als ohne alles Pfand, und der Beschenkte lieber die leere Stätte nehmen wird, als gar nichts. Hier entscheidet nun noch die Absicht, welcher

[13] Aus dem Obigen erhellt, dass die Eintheilung des Irrthums in ein- und zweiseitigen nicht passend und nicht richtig ist; ohnehin kommt in der Wirksamkeit nichts darauf an. Daher ist dieselbe auch neuerlich verworfen worden. S. Richelmann Einfl. d. Irrth. u. s. w. S. 9. Savigny Syst. Bd. III. S. 268. h).

[14] Vergl. das. III. C. β. hierzu jedoch §. 49. bei Anm. 14—16.

[15] S. das. γ. und Anm. 28.

[16] Vergl. das. Anm. 29.

[17] Vergl. das. δ. u. Savigny System Bd. III. S. 274. u. hierzu neuerlich Renaud im Archiv, Bd. 28. S. 247 ff.

[18] Vergl. §. 22. Anm. 24.

[19] S. die Stellen in Anm. 14 des §. 83. z. A.; auf den Irrthum kommt hierbei gar nichts an, s. fr. 8. pr. *de Contr. emt.* fr. 1. 7. *de Hered. vend.*, so dass strenggenommen dieser Punkt nicht hierher gehört, indessen ist man gewohnt, über denselben hier das Nähere zu suchen. Was übrigens diese, sowie die in den ff. Anmm. citt. Stellen nur vom Kauf sagen, lässt sich ohne Zweifel auf jeden Vertrag anwenden, der die Leistung einer Sache in gleicher oder ähnlicher Weise wie jener betrifft, und für welche also deren Existenz in ähnlicher Weise relevant ist; vergl. auch damit fr. 1. §. 9. *de O. et A.*

[20] Fr. 57. pr. init. 58. *de Contrah. emt.* fr. 1. §. 9. *d.*

gemäs der Wille als vorhanden oder nicht vorhanden zu betrachten ist, und es kommt auf deren richtige Erkenntniss an; dagegen gelten für den Fall des wirklich nur theilweisen, bereits erfolgten Untergangs einer Sache, welche die Paciscenten als unversehrt voraussetzten, folgende Bestimmungen [21]. Ist sie in Folge eines einseitigen Vertrags zu leisten, so bleibt dieser aus demselben vorhergedachten Grunde immer bestehen. Wenn aber aus einem Vertrag, der zugleich eine Gegenleistung begründet, so hat der Paciscent, welchem die Sache geleistet werden soll, wenn sie zum grösseren Theil untergegangen ist, die Wahl, ob er den Vertrag aufrecht erhalten wissen, oder davon zurücktreten will, und im ersten Fall mindert sich dann verhältnissmässig die Gegenleistung [22]; ist sie zur Hälfte oder zum geringeren Theil untergegangen, so behält es mit der letzteren Modifikation bei dem Vertrag gleichfalls sein Bewenden [23]. Unbedingt gilt übrigens das Letztere nur vom Kauf, bei anderen Verträgen mit gegenseitigen Leistungen nur soweit, als nicht deren Natur und die Umstände Abweichungen gebieten. Beim Tausch z. B. ist eine Minderung der Gegenleistung in der Regel nicht möglich; bei der Miethe ferner kann, z. B. durch Untergang eines geringen Theils der gemietheten Gebäude, sich die Lage der Sache so ändern, dass der Miether nicht den beabsichtigten Gebrauch davon machen kann. In Fällen dieser Art ist also eine wesentliche Voraussetzung des Vertrags als weggefallen zu betrachten, und so muss sich dieser selbst auflösen [24]. Hierbei zeigt sich nun ferner der Einfluss der Arglist, je nachdem einem oder dem anderen Paciscenten der Untergang allein bekannt ist, und er also denselben seinem Mitpaciscenten verschwiegen hat [24b], in folgender Weise. Kannte ihn der, welcher die Sache zu leisten hat, so ist der Vertrag, wenn sie gänzlich zu Grunde gegangen, nichtig, und er haftet nur wegen seiner Arglist auf das Interesse; ist aber auch nur ein kleiner Theil übrig geblieben, so bleibt der Vertrag bestehen, wenn dieses der Andere will, und es ist ebenfalls das volle Interesse zu leisten [25]. Kannte der, welchem die Sache geleistet werden soll, deren Untergang, so ist dies, wenn sie völlig zu Grunde gegangen, ohne weitere Folge, weil der Vertrag ohne Gegenstand nichtig sein muss; wenn aber nur zum Theil, so bleibt der Vertrag dergestalt bestehen, dass jener zur vollen Gegenleistung gehalten ist [26]. Dem gänzlichen Untergang endlich steht wiederum der Fall gleich, wenn mehrere Sachen ins-

[21] Dass diese, soweit sie gegenseitige Verträge betreffen, organisch und nothwendig seien, wird sich nicht nachweisen lassen; vergl. Richelmann Einfl. des Irrth. auf Verträge. S. 73 ff.

[22] Fr. 57. pr. *d.* die Alternative folgt aus den Worten: *non compellatur emtor perficere emtionem*, dass aber, wenn er das Geschäft aufrecht erhalten wissen will, die Gegenleistung sich ebenfalls verhältnissmässig vermindern müsse, scheint mir vermöge der Natur solcher Verträge geboten, und ohnehin ist es für den anderen im Text folgenden Fall vorgeschrieben. Der Einwand, dass der Mitpaciscent nicht genöthigt werden könne, die halbe Sache um den halben Preis zu geben, wenn er die ganze um den ganzen verhandelt habe, ist auch darum nicht stichhaltig, weil er doch das Geschäft überhaupt gewollt hat, so dass sein Interesse vollkommene Befriedigung findet, sobald er verhältnissmässige Vergütigung der eigenen Leistung empfängt.

[23] Fr. 57. pr. *d.*

[24] S. Richelmann a. a. O. S. 92 ff. Fritz Erl. S. 285 f.

[24b] Wenn nämlich beide darum wissen und es einander gegenseitig verschweigen, so irrt keiner, es hebt sich aber dieser gegenseitige *dolus* auf, der Klage steht die *exc. doli* entgegen, welche durch keine *repl. doli* aufgehoben wird, fr. 57. §. ult. und fr. 34. §. 3. *eod.*, fr. 4. §. 13. *de Doli exc.*

[25] Fr. 57. §. 1. fr. 34. §. 3. *dd.* das Interesse kann natürlich auch in Aufhebung des Vertrags bestehen.

[26] Fr. 57. §. 2. *eod.* Vergl. Vangerow S. 262. c).

gesammt um Einen Preis geleistet werden sollen und von jenen eine zu Grunde geht, ingleichen, wenn von mehreren zusammengehörigen, ein Ganzes ausmachenden Sachen eine oder mehrere untergehen, und dadurch der Begriff des Ganzen aufgehoben wird[27]. — Was sodann die Qualität der Sache betrifft, welche Gegenstand eines Vertrags ist, so kommt eine solche für manche einseitige Verträge gar nicht in Betracht, z. B. für das Depositum, für die Schenkung, und eine irrige Voraussetzung darüber ist also dann gleichgültig[28]; überhaupt aber kann ein einseitiger Vertrag durch Mangel einer von Seiten des Gläubigers irrig vorausgesetzten Eigenschaft der Sache, worauf er sich bezieht, niemals nichtig werden[29]. Nur bei Verträgen mit Gegenleistungen kommt also der §. 22. III. unter δ. enthaltene Grundsatz zur Anwendung, dass ein Irrthum über den Stoff, oder eine solche Eigenschaft der Sache, wonach sie als eine von der gemeinten Art wesentlich verschiedene erscheint, den Willen ausschliesst[30].

Es ist bisher überall vorausgesetzt worden, dass das Misverständniss über eine Sache die Hauptsache und nicht etwa nur Nebensachen und Zubehör derselben betreffe; durch ein solches der letzteren Art wird der Vertrag niemals nichtig[31]. Hat es sich auf die Identität einer Nebensache erstreckt, so bestimmt sich diese in einem

[27] Fr. 44. *eod.* u. arg. fr. 34. (35. 36.) 38. §. 13. 14. *de Aedil. Ed.* Der erste Satz im Text ist in der ersten cit. Stelle enthalten, und erhält auch durch die zweite eine Bestätigung; der zweite würde schon aus allgemeinen Gründen folgen, findet aber auch in den beiden letzten einen Beweisgrund. Die eingeklammerten stehen übrigens mit der ersten so wenig wie mit der zweiten in Widerspruch, sondern die Aufrechterhaltung des Kaufs in ihnen mit gemindertem Preis wird dadurch möglich, dass die mehreren Gegenstände überhaupt noch existiren.

[28] Unmöglich wäre es nicht, dass, wenn dabei der eine Kontrahent sich einer Arglist schuldig gemacht, der hierdurch veranlasste Irrthum des Anderen diesem zu Statten käme. So z. B. werden Viele eher geneigt sein, eine minder werthvolle, als eine sehr kostbare Sache in Verwahrung zu nehmen; wenn nun der Deponent dem Depositar hierüber eine fälschliche Vorspiegelung und Versicherung gemacht, und letzterer eine Sache als danach vermeintlich von geringerem Werth angenommen und kulpos verloren hat, z. B. eine Rolle Geld mit angeblichem Inhalt von Silber, während es Gold war, — der Deponent aber nun den Werth der wirklichen Sache fordert, so wird ihm eine *exc. doli* entgegenstehen. Dass er, wenn er sie nicht verloren, zur Rückgabe des Golds dem Irrthum ungeachtet gehalten ist, bedarf andererseits keiner Erwähnung.

[29] Fr. 22. *de V. O.* fr. 1. §. 2. *de P. A.* ist durch Leistung einer solchen Sache die obligationsmässige Verpflichtung nicht gehörig erfüllt worden, so kann natürlich darauf Anspruch erhoben, also u. U. das Interesse gefordert werden.

[30] S. das. Anm. 34 und jetzt auch Vangerow S. 263 ff. Als Hauptfall ist hier stets der Kauf zu denken, demnächst ihm gleichartige Verträge, — also sog. *error in substantia.* Ueber die einzelnen hierher gehörigen Fälle nach Anleitung der betr. Quellenzeugnisse s. Savigny System Bd. III. §. 137. u. 138. Von besonderer praktischer Wichtigkeit ist hierbei die Frage von der Entschädigung. Dazu tritt Verpflichtung für den Verkäufer (u. s. w.) nur entweder aus besonderem Versprechen, oder aus *dolus* ein; s. dens. S. 289. Die für Fälle dieser Art eintretende Nichtigkeit des Vertrags wegen wesentlichen, d. i. den Willen ausschliessenden Irrthums ist im R. R. übrigens nicht zu allen Zeiten anerkannt worden; Julian nahm sie bereits an, fr. 41. §. 1. *de Contr. emt.* Marcell verwarf sie, wogegen die bejahende Ansicht durch Ulpian und Paulus fr. 9. §. 2. 11. 14. *eod.* zur Herrschaft gelangte; vergl. dens. S. 295. dort auch über fr. 45. *eod.* (Vergl. noch oben §. 96. Anm. 18a.)

[31] Fr. 34. pr. *de Contrah. emt.*; der letzte Theil dieser Stelle, wonach im Besonderen das Verhältniss des Werths zur Hauptsache ganz gleichgültig ist, berechtigt zu einer allgemeinen Benutzung derselben rücksichtlich der Accessionen. Vergl. auch Richelmann a. a. O. §. 37. und Unterholzner a. a. O. S. 60. 11; s. noch dens. S. 69. c).

solchen Fall danach, was Der gemeint hat, welcher die Sache leisten soll [32]. Misverständniss über Nebensachen in anderer Rücksicht kommt an sich in keinen Betracht weiter; in Streitfällen wird die Beantwortung entstehender Fragen von den Regeln der Auslegung der Verträge abhängig [33]. Nur wenn eine Nebensache zufällig schon zu Grunde gegangen war, als sie mit Gegenstand eines Vertrags mit einer Gegenleistung wurde, wird die letztere verhältnissmässig vermindert [34]. Auch Misverständniss über Nebenpunkte, wie Zeit und Ort der Leistung, hat keine andere Folge, als dass, wenn sie nun nicht durch Uebereinstimmung feststehen, rücksichtlich ihrer das zur Anwendung kommt, was sich von selbst ohne Beabredung versteht [35].

Ausser den bisher aufgezählten Fällen kommt der Irrthum als Beweggrund des Willens bei Abschluss eines Vertrags, auch wenn dieser ausdrücklich erklärt ist, nirgends weiter in rechtlichen Betracht [36], als in sofern mit Rücksicht auf eine

[32] Fr. 34. pr. *d.* vergl. dazu Glück Komm. Bd. IV. S. 161. Vangerow S. 260.

[33] M. a. W. also, was danach als Zubehör verstanden werden durfte und musste.

[34] Diesen Satz halte ich nach Analogie dessen für gegründet, wenn die Hauptsache zum Theil untergegangen war. Richelmann §. 41. bezieht sich deshalb auf fr. 9. *de Periculo et commodo*, allein in dieser Stelle ist nur von einem dolosen Verschweigen als Grund die Rede, worin vielmehr ein Gegengrund *e contrario* gefunden werden könnte; doch ist damit nicht geleugnet, dass, wenn der Andere nichts davon gewusst, keine solche Minderung eintreten solle.

[35] Vergl. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 58. 2.

[36] Fr. 3. §. 7. *de Condict. cssa. data.* fr. 65. §. 2. *de Condict. indeb.* fr. 52. *eod.* vergl. §. 22. III. 3. und Anm. [39]) s. schon Thibaut Vers. Bd. II. Abh. 4. Nr. II. Fritz Erl. S. 296 ff. Savigny a. a. O. S. 354 ff. und flg. Anm. Nicht als Motiv, jedoch in anderer Weise eigenthümlich wirksam erscheint der Irrthum in Verbindung mit Verträgen: 1) in dem ebendas. unter d. gestellten Fall, s. dort Anm. [54] und [56]. Da hier in dem Irrthum in sofern ein Motiv gefunden werden kann, dass, wenn der Irrende vollständig unterrichtet gewesen wäre, er gar nicht, oder nicht so, wie geschehen, kontrahirt haben würde, so ist dieser Fall a. a. O. S. 200. als eine Ausnahme bezeichnet worden. 2) Rücksichtlich der Quantität einer Leistung in folgenden Fällen: a) ist eine solche bestimmte ausgemacht gewesen und mehr geleistet worden, so kann die *cond. indeb.* begründet sein, s. fr. 26. §. 4—6. *de Cond. indeb.* fr. 18. §. 3. *de Dolo*, wenn weniger, und dieses angenommen worden, so kann das Fehlende nachgefordert werden, s. fr. 18. §. 3. *d.* b) Ist eine Sache nach einem gewissen Maas Gegenstand eines Vertrags geworden und danach der Preis bestimmt, z. B. Acker nach Morgenzahl, und dieses kleiner oder grösser angenommen worden, als es wirklich ist, so findet danach Erhöhung oder Herabsetzung der Gegenleistung Statt, fr. 40. §. 2. *de Contrah. emt.* c) Ist der Gegenstand der Leistung an sich bestimmt und dazu als von einer gewissen Grösse angegeben und weniger gegeben worden, so kann der Empfänger bei einseitigen Verträgen das Interesse, bei gegenseitigen verhältnissmässige Herabsetzung seiner Gegenleistung fordern, fr. 69. §. 6. *de Evict.* Ist mehr gegeben worden, oder m. a. W. der gegebene Gegenstand grösser als er angegeben, so kommt das neben diesem als solchem nicht in Betracht, sondern der Schuldner muss sogar für Entwährung haften, wenn auch nur das Mehr evinzirt wird, fr. 45. *eod.* In fr. 42. *eod.* und fr. 13. §. 14. *de A. E.* sind noch besondere Fälle rücksichtlich mehrerer in einen Vertrag begriffenen Gegenstände und der Accessionen in Zusammenhang mit diesem Punkt erörtert; s. überhaupt Richelmann a. a. O. S. 141 ff. — 3) Rücksichtlich der *laesio enormis*, welche ihre Wirksamkeit nach den ihr eigenthümlichen Grundsätzen äussert. 4) Irrthum über das Rechtsverhältniss der Paciscenten zu dem Gegenstande des Vertrags (*error in dominio*) hat auf dessen Gültigkeit nur dann Einfluss, (denn s. a. fr. 49. *Mandati* und dazu Vangerow S. 269 ff. b, fr. 28. 34. §. 3. *de Contrah. emt.* c, fr. 9. §. 4. *de Jur. et facti ignor.*) wenn Jemandem eine Sache geleistet werden soll oder wird, die ihm gehört, fr. 45. pr. *de R. J.*, allein dann zeigt sich nicht der Irrthum wirksam, sondern der Mangel eines wesentlichen Erfordernisses zu dem Vertrag, s. §. 22. III. C. a. a. E. Anm. [24] u. Savigny a. a. O. S. 305.

caussa, und besonders wenn in der Meinung, dass dazu eine Verpflichtung bestehe, Etwas gegeben oder ein Versprechen abgelegt worden und diese Handlung durch eine *condictio*, namentlich die *c. indebiti*, im letzteren Fall auch schon durch Exception, als ungültig angefochten werden kann[37]. In Betreff dieser Ausnahme muss

[37] Vergl. §. 22. III. 3. e., s. a, fr. 1. §. 1. fr. 7. *de Cond. indeb.* b, fr. 5. §. 1. *de A. E.* fr. 51. pr. §. 1. *de Pactis*, fr. 31. *de Cond. indeb.* Christiansen zur L. v. d. *natural. obl.* u. s. w. S. 39. 41. 64 ff. behauptet gegen Savigny Bd. III. S. 356 ff., dass der der *cond. indeb.* zu Grunde liegende Irrthum ein von letzterem sogenannter unächter sei, und in die Kategorie des Irrthums im Rechtsverhältniss gehöre. Er fusst dabei darauf: (S. 65.) „Die angebliche Regel, dass jede aus irrigem Beweggrunde hervorgegangene Willenserklärung dennoch einen wirklichen Willen enthalte, sei dahin zu beschränken, wenn jener weder unmittelbar zum Inhalt des erklärten Willens gehöre, noch in juristischem Zusammenhang mit demselben stehe.“ Die zur Erklärung dieser, an sich schon und in der Fassung ihrer Form grossen Bedenken unterliegenden, Kriterien erforderliche Analyse und Bestimmung der zum Willensinhalt selbst gehörigen Momente im Gegensatz zum Beweggrunde S. 57 ff. bedarf im Ganzen keiner Berücksichtigung weiter, sie kann sogar, ungeachtet vieler sehr wohl begründeter Einwendungen wider die einander gegenübergestellte sog. natürliche und juristische Betrachtungsweise im Resultate als richtig zugegeben werden, sondern nur in der Anwendung auf diesen Fall der *caussa* in Zusammenhang mit der *solutio*. (S. 62 ff.) „Eine durch irrige Voraussetzung einer Obl. bestimmte Leistung könne wenigstens nicht als Wirkung dieser aufrecht erhalten werden. Von der irrigen *caussa* aber könne nicht abgesehen und dem dadurch bestimmten Willen keine volle und dauernde Wirksamkeit beigelegt werden, denn die *caussa* und der korrespondirende Zweck erscheinen hier als eine juristisch wichtige Relation jenes Willens selbst, ebenso wie dessen Beziehung auf eine bestimmte Person. Der Wille sei durch die *caussa* beschränkt; das „leisten wollen“ sei mit dem: „aus einer bestimmten *caussa* leisten wollen“ identisch, die *caussa* also vom Leisten als Inhalt desselben Willens unzertrennlich, und mithin erscheine jener Irrthum als ein den Willen ausschliessender Irrthum im Willensinhalt selbst.“ Christiansen ist schon selbst (S. 64.) auf einen Zweifelsgrund gestossen, welcher aber zum Entscheidungsgrund gegen ihn wird; er glaubt nämlich, „dass es seiner Auffassung nicht widerspreche, wenn trotz des Irrthums doch an dem solvirten Gegenstand Eigenthum auf den *b. f.* Empfänger übergehe; der Wille nämlich werde nur so weit ausgeschlossen, als er reicht, und nicht der nicht mit dem Fehler des Irrthums behaftete Inhalt einer Willenserklärung eine selbstständige von den übrigen Bestandtheilen trennbare Bedeutung habe. Hier nun lasse sich der Wille zum *tradere*, und der, eine Obl. zu lösen, sehr wohl unterscheiden. In jenem ersten Bestandtheil sei nicht geirrt, man habe das bestimmte Objekt an die bestimmte Person tradiren, veräussern wollen; diese Wirkung also trete ein.“ Allein, dass die Auffassung falsch sei, ergiebt sich aus dem in fr. 15. §. 1. *de Cond. indeb.* anerkannten Uebergang des Eigenthums, ungeachtet des *falso existimare, se debere*, allerdings. Wenn nämlich für die Wirkung der Tradition auf den Irrthum in der *caussa* nichts ankommt (s. §. 49. Anm. 16), so ist auch der Wille des Tradenten durch den Irrthum in dieser keine Willenlosigkeit (worauf der unächte Irrthum hinauskommt), sondern der Irrthum in der That nur Beweggrund zu einem wirklich vorhandenen Willen. Nur darauf, das *tradere* (oder *promittere*) und seine Folge rückgängig zu machen, kommt es bei der *cond. indeb.* an. Wenn Christiansen nun (S. 65.) hinzufügt: „der für die jurist. Auffassung unzertrennliche Zusammenhang zwischen dem *tradere velle* als Inhalt des Willens und der irrig angenommenen *caussa* zeige sich erst nach geschehener Leistung, dann erst entstehe die Frage, ob sie den beabsichtigten Zweck erfüllen könne, und da letzteres nicht möglich sei, wenn keine Obl. existire, und in dem Willen des Leistenden dieser Zweck von der Leistung selbst nicht zu trennen sei, so könne er mit Recht behaupten, dass das geleistete Objekt, wenngleich mit seinem Willen auf den Empfänger übergegangen, dennoch ohne seinen Willen sich dort befinde,“ — so ist das in den letzten Worten enthaltene eigentliche Argument offenbar erkünstelt und eine Selbsttäuschung; denn, wenn ich überhaupt wirklich gewollt habe, dass etwas aus meinem Vermögen in das eines Anderen übergehe, so muss ich nothwendig die Folge vom rechtlichen Standpunkt aus

das Weitere bis zu den besonderen durch das Haben ohne Grund entstehenden Obligationsformen verschoben werden.

III. Der Inhalt der Willenserklärung in Absicht auf einen Vertrag kann zwar nur durch diese selbst kund werden, allein Unvollkommenheit und Zweideutigkeit derselben erfordert nicht selten erst eine Operation, um die Beschaffenheit des ersteren zu ergründen und zu vermitteln. Das ist die Auslegung der Verträge. Diese steht zuvörderst unter den in §. 18. unter a. aufgestellten allgemeinen Regeln von der Auslegung der Willenserklärungen überhaupt, neben diesen aber bestehen noch folgende besondere, durch welche manche von jenen in Anwendung auf Verträge näher bestimmt werden: 1) wenn zwischen den Partheien über die Auslegung Einverständniss herrscht, so geht dieses jeder anderen vor, indem ihnen, aber freilich nur in Uebereinstimmung, nicht etwa einseitig, eine unbeschränkte Befugniss darüber zusteht[38]. 2) Man hält sich so lange an die Worte, und den danach gegebenen Sinn, als sich nicht ergiebt, dass etwas Anderes gemeint sei, wie diese ausdrücken[39]; muss dieses angenommen werden, so geht die klare Absicht und der wahre Wille den Worten vor[40]; beide sind aus den Umständen in Verbindung mit der Natur des Geschäfts und aus dem ganzen Zusammenhang zu entnehmen[41]. 3) So lange es mit logischen und rechtlichen Möglichkeiten vereinbar ist, ist die Auslegung dahin zu richten, dass der Vertrag oder die einzelne Bestimmung desselben aufrecht erhalten werde[42], doch ist die Rücksicht auf den wahren Sinn so überwiegend, dass, wenn sie nach diesem nicht bestehen, mit dem Verharren bei dem Wortverstand aber erhalten werden könnten, jenem Erfolg der Vorzug gegeben werden muss[43]. 4) Wenn die Auslegung zu keinem bestimmten Resultat führt, jedoch an dem Bestand des Vertrags selbst kein Zweifel ist, so wird angenommen, dass an den allgemeinen rechtlichen Folgen und Bestimmungen nichts geändert sei, und es werden nur etwanige lokale Sitten und Gebräuche dabei berücksichtigt[44]. 5) Im Zweifel ist die den Paciscenten beziehungsweise vortheilhaftere oder nachtheiligere Auslegung vorzuziehen, je nachdem danach die Verpflichtung als weniger streng erscheint, indem nichts, was nicht fest bestimmt ist, oder aus zweifellosen

wollen, dass es sich nun bei ihm befinde. Wollte ich das nicht, so müsste ich ihm ja das Eigenthum oder die Thatsache, dass er Gläubiger durch ein Versprechen geworden, bestreiten; das geschieht aber durch die *cond. indeb.* nicht, sondern dadurch wird nur eine Zurückübertragung gefordert, resp. Aufhebung des Rechts durch Exception. Ist er also überhaupt Eigenthümer geworden, so bleibt er es auch, bis er zu dessen Zurückübertragung verurtheilt wird und es zurücküberträgt, und er kann nicht dadurch aufhören, es zu sein, dass der Tradent sich von seinem Irrthum überzeugt; und ebenso endet die durch den Irrthum entstandene Obl. nicht *ipso jure*, sondern *ope exceptionis.* Wäre Christiansen's Auffassung richtig, wie könnte dann durch das Haben *sine caussa* eine Obligation *quasi ex contractu* entstehen? Der Tradent oder Promittent hat also wirklich und wahrhaftig gewollt, aber aus Irrthum, und somit beruht die *cond. indeb.*, gleich allen *condd.*, nicht darauf, dass man etwas in der That nicht gethan, sondern, dass man es aus einem falschen Beweggrunde gethan habe, und dieser, der Irrthum, erscheint hier, da sein Einfluss die Thatsache der Leistung, welcher an sich demungeachtet vom Recht Wirksamkeit beigelegt ist, rückgängig macht, in der That als eine Ausnahme.

[38] S. §. 18. Anm. [20]. Vergl. Savigny Obl.-R. Bd. II. §. 71.

[39] Fr. 25. §. 1. *de Leg.* III.

[40] Fr. 69. pr. *de Leg.* III. (vgl. §. 18. Anm. [7]) fr. 219. *de V. S.* fr. 6. §. 1. *de Contrah. emt.* (*verb. in emtis etc.*) fr. 34. *de R. J.* c. 3. *de Liber. praet.*

[41] Fr. 134. §. 1. *de V. O.* fr. 11. §. 1. *de A. E.* fr. 16. *init. de Condit.*

[42] Fr. 67. *de R. J.* fr. 80. *de V. O.* (fr. 12. *de Reb. dub.*)

[43] S. die Stellen zur vor. Nr.

[44] Fr. 34. *de R. J.* vgl. mit fr. 2. §. 1. *de Hered. vend.*

Bestimmungen nothwendig folgt, als Inhalt einer solchen angesehen werden darf[45], und bei Zweifeln über die Grösse der schuldigen Summe die geringste, und über strengere und mildere Auffassung einer Verpflichtung die letztere anzunehmen ist[46], — oder, wenn es sich um eine umfassendere Leistung und weiter reichende Verpflichtung handelt, die dem Gläubiger als demjenigen weniger günstige Auslegung, welcher die darauf bezüglichen Aeusserungen bei Abschluss des Vertrags gethan, d. h. die Anerbietungen und Bedingungen zu stellen gehabt hat, auf welche es nun ankommt, und deshalb sich deutlicher und bestimmter hätte ausdrücken können und sollen[47]. Das letztere wird besonders bei gegenseitigen Verträgen vorkommen, und dann wider denjenigen Anwendung leiden, welcher daraus einen vom anderen Paciscenten bestrittenen Anspruch erhebt[48]. 6) Wenn die Worte, deren sich die Paciscenten bedient haben, an verschiedenen Orten verschiedene Bedeutung haben, so ist die an demjenigen Ort, wo der Vertrag errichtet worden, gebräuchliche vorzuziehen. Hierbei ist die Anwesenheit beider Theile an diesem Ort vorausgesetzt, sowie, dass sie hier nicht fremd sind, welchen Falls die allgemeine Regel des §. 18. a. Nr. 3. vor dieser zur Anwendung kommen würde; hat der Abschluss des Vertrags aber unter Abwesenden Statt gefunden, so ist die desjenigen Orts zu befolgen, von welchem aus die bezügliche Aeusserung geschehen ist, welche als Angebot erscheint, nicht die dessen, von wo aus dessen Annahme erfolgt[49].

§. 99.

Bestärkungsmittel der Verträge.

Zur Sicherung der Forderung des Gläubigers aus Obligationsverhältnissen ohne Unterschied, sowohl um sie mit Erfolg geltend machen zu können, als um ihre Erfüllung zu decken, sind mannigfaltige und verschiedene Mittel gegeben; so durch

[45] Fr. 99. pr. *de V. O.*

[46] Fr. 34. *in f. de R. J.* fr. 9. 56. *eod.*

[47] Fr. 99. pr. *de V. O.* fr. 38. §. 18. fr. 106. *eod.* fr. 26. *de Reb. dub.* fr. 39. *de Pactis*, fr. 21. 33. *de Contrah. emt.* fr. 172. pr. *de R. J.* S. folg. Anm.

[48] S. die vier letzten Stellen der vorigen Anm. Wenn in diesen anscheinend ausschliesslich Verkäufer und Vermiether genannt sind, so ist dies von ihnen in sofern zu verstehen, als sie als Gläubiger *ex vendito* und *locato* gedacht sind, denn s. z. B. fr. 34. pr. *de Contrah. emt.* Diese Regel aber findet darin ihren Grund, dass bei Käufen und Miethen jene Personen zuvörderst ihre Forderungen thun und die Bedingungen stellen müssen, bevor sich der andere Paciscent darauf erklären kann. Hieran ändert sich auch im Wesentlichen nichts, wenn der Kauflustige die Initiative ergreift und die Erklärung des Verkäufers in einer blossen Bejahung bestände; denn, wenn nun etwas zweideutig bleibt, so ist es dem letzteren anzurechnen, dass er die Ungewissheit nicht ausdrücklich hob, da ja auch dann von ihm der Satz gilt, *in cujus fuit potestate legem apertius dicere.* Dasselbe findet bei einseitigen Verträgen Anwendung, indem es hier immer der Gläubiger ist, welcher die Bedingungen stellt, wenn auch, z. B. bei einem gesuchten Darlehn, der, welcher es aufnehmen will, zuerst erklärt, unter welchen Bedingungen er es anleihen wolle. Das Einverständniss des Gläubigers damit ist immer erst die Erklärung seinerseits, unter welchen näheren Bestimmungen er es vorschiessen wolle, und da ergreift der Satz: *in cujus potestate etc.* wieder Platz.

[49] S. Wächter im Archiv Bd. XIX. S. 114 ff. 117 ff. — Wenn übrigens alle obige Regeln oft nicht ausreichen, um die in diesem Gebiet entstehenden Fragen und Zweifel zu lösen, so ist das bei der unendlich möglichen mangelhaften Ausdrucksweise des Willens der Verträge schliessenden Personen natürlich. Die erste bei Seite gesetzt, ist die zweite die umfassendste, mit der man bei richtigem Takt ausreichen wird. Gelangt man aber mit keiner zu der erforderlichen Aufklärung, so muss man sich erinnern, dass die Hermeneutik überhaupt nur da den Sinn vermitteln kann, wo wirklich ein solcher vorhanden ist.

Aufstellung besonderer auf sie berechneter Beweismittel, namentlich Urkunden, durch Bestellung von Pfandrechten, von Bürgen und Selbstmitschuldnern, von Sequestern u. s. w. Während systematische Gründe dazu bestimmen müssen, diese an anderen Orten zu erörtern, indem der gemeinsame Zweck ein Zusammengreifen derselben nicht begründen kann, und die meisten in selbstständige obligationenrechtliche Institute von umfassender Ausbildung übergehen, sind hier die folgenden drei theils ausschliesslich, theils vorzüglich auf die Bestärkung von Obligationen aus Verträgen berechneten Mittel übrig.

I. Wenn ein vertragsmässiges Versprechen durch einen Eid bekräftigt worden ist, so hat dieser im Allgemeinen nur die Wirkung, dem Schuldner einen moralischen Beweggrund der Erfüllung, nicht die, der Forderung einen selbstständigen Verpflichtungsgrund unterzuschieben, so dass diese unter solchen Umständen, welche ihrer Wirksamkeit entgegenstehen, gültig und wirksam sein würde. Hiervon giebt es folgende Ausnahmen, in welchen durch eidliche Bekräftigung Verträgen, die an sich ungültig sein würden, rechtliche Kraft verliehen wird, wenn nur übrigens der Eid aus völlig freiem Antrieb, ohne durch Zwang oder Arglist veranlasst zu sein, geleistet worden ist: 1) ein mündiger Minderjähriger kann mit rechtlichem Erfolg auf die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wider ein an sich gültiges Rechtsgeschäft eidlich verzichten, ingleichen durch eidliche Bestärkung eines Vertrags den ihm wegen des minderjährigen Alters anhaftenden Mangel heben. 2) Die eidliche Einwilligung einer Ehefrau in die Veräusserung eines zu ihrer Mitgift gehörigen Grundstücks ist bündig. 3) Ausgestattete Töchter können auf die Erbschaft ihres Vaters eidlich verzichten. 4) Die eidliche Entsagung der weiblichen Rechtswohlthaten bei Intercessionen macht diese, soweit sie es nicht schon ohne Eid sind, rechtsbündig[1].

[1] Die Frage, ob und in wiefern Versprechen unter solchen Umständen, wonach sie an sich rechtlich unwirksam sind, durch eidliche Bestärkung volle Kraft gewinnen, ist schwierig zu beantworten. Das R. R. spricht ihr diese (die eintretende Infamie bei Seite gesetzt) im Allgemeinen bestimmt ab, fr. 7. §. 16. *de Pactis*, c. 5. §. 1. *de Legib.* Nov. 51. pr., erkennt aber eine unpraktische (fr. 7. pr. §. 1. *de Operis lib.* fr. 36. *de Manumiss. test.*) und eine praktisch mögliche Ausnahme an in c. 1. *Si advers. vend.* Ueber deren wahren Sinn entstand zwischen Martinus und Bulgarus Streit, indem der erstere behauptete, dass durch den Eid auch nichtige Geschäfte aufrecht erhalten, der letztere, dass nur die Rest. wider an sich gültige mit Erfolg aufgegeben werden könne. Dieser Streit ist durch die Auth. *Sacramenta puberum* (coll. Feud. II. 53. §. 3. in f.) zu Gunsten des ersteren geschlichtet und derselben sogar eine Fassung gegeben, wonach den Eiden Mündiger, also auch Grossjähriger, ganz allgemein solche Kraft beigelegt ist, dass die dadurch bestätigten, von ihnen abgeschlossenen Verträge durchaus nicht sollen angefochten werden können. Mit diesem Grundsatz stimmt nun das (jüngere) päpstliche Recht überein. Dieses verordnet nämlich: 1) in Anwendung auf einen der unter 2) im Text als Ausnahmen angführten Fälle, dass eidliche Bekräftigung eine solche Verbindlichkeit vollwirksam mache; c. 28. X. *de Jurejur.* c. 2. *eod.* in 6to; 2) desgleichen in Anwendung auf den dritten Ausnahmefall, in c. 2. *de Pactis* in 6to; 3) in c. 9. X. *de Jurejur.* endlich ist der Eid in Verbindung mit der Intercession einer Ehefrau erwähnt, wonach der Nichterfüllung wenigstens eine kirchenrechtliche Folge beigelegt und somit indirekte Nöthigung ausgesprochen ist. In den ersteren Stellen und namentlich in c. 28. *d.* (*cum* [*juram.*] *non vergat in aeternae salutis dispendium etc.*) sind nun Reflexionen über diese Wirksamkeit des Eids, vorausgesetzt, dass er *sponte*, *sine vi ac dolo* geleistet worden (s. schon die Auth.), enthalten, welche es zuvörderst zweifelhaft lassen, ob sie als gesetzliche Entscheidungsgründe von allgemeiner Natur, also als ein wahrer Rechtssatz zu betrachten seien, so dass der eidlichen Bestärkung auch bei anderen ungültigen Verträgen ohne weiteren Unterschied diese Wirksamkeit beigelegt werden dürfe. Dafür ist Thibaut Theorie der log. Ausleg. S. 61 f. Un-

II. Ein anderweites Bestärkungsmittel der Verträge ist die Arrha, oder das

terholzner a. a. O. Bd. I. S. 66. Dagegen Weber nat. Verb. §. 120 ff. u. bes. Mühlenbruch Forts. des Glück'schen Komm. Bd. 38. S. 191 ff., dessen Gründe unbedenklich als überwiegend anzuerkennen sind. Ausserdem steht der Anwendbarkeit eines etwanigen allgemeinen Princips auf einzelne Fälle die desfalls dem geistlichen Richter vorbehaltene Anwendung entgegen, c. 2. und 15. 28. X. *de Jurej.* (vergl. Puchta §. 253.) von welchen die erste sogar einen Widerstand der weltlichen Richter bezeugt, sowie die dritte das Gesetzwidrige der Geltung eines solchen Geschäfts ausdrücklich anerkennt, und alle wollen nur das Seelenheil retten. Wenn also, da das kanon. R. keine andere als die genannten Anwendungen gemacht hat, für diese etwa die Eigenschaft von Ausnahmen behauptet werden zu können scheint, so wird doch selbst deren praktischer Werth in sofern zweifelhaft, als ihnen eigentlich keine civilrechtliche, sondern nur durch die geistlichen Bussmittel eine indirekte Wirkung beigelegt ist. Vergl. J. H. Böhmer J. E. P. Lib. II. lit. 24. §. 35 ssq. Auch wird es nun noch auf den allgemeinen Werth der Auth. ankommen. Diese fand von Anfang an entschiedenen Widerspruch der Juristen, und war nahe daran, wieder aufgehoben zu werden, s. Savigny Gesch. d. R. R. im Mittelalt. Bd. IV. S. 170. *Azo lect. ad* c. 1. *d.* sagt: *durabit, quantum Deo placebit.* Hält man sich daran, dass dieselbe nur authentisch interpretiren sollte (vgl. dens. S. 162 ff.), wodurch auch die allgemeine Fassung ihre Bedeutung verliert, resp. erhält, so wird danach der Sinn als der wahre angesehen werden dürfen, dass Minderjährige, wenn sie einen Bestärkungseid leisten, ebenso rechtsbündig Verträge abschliessen können, wie wenn sie schon grossjährig wären; mithin sind übrigens wenigstens gültige Verträge vorausgesetzt. In diesem Sinn sprechen auch die Glossatoren von der Auth., und ihn bestätigen ihre Beispiele der *venditio cum* und *sine decreto.* Folgt man hingegen streng den Worten, wonach unter *puberes* auch *majores* begriffen werden können, was in dem Nachsatz *per vim etc.* ein gewisses *arg. e contr.* erhält, so ist doch wohl so viel sicher, dass nicht alle und jede mangelhafte Kontrakte durch den Eid gültig gemacht werden können, z. B. über *res extra commercium, sine re*, über unmögliche Leistungen, verbotenes Spiel u. s. w.; ja, nach den Worten: *rerum suarum*, scheint es, dass ausschliesslich Veräusserungen verstanden werden dürfen. Die Juristen, welche dieser zweiten Ansicht zugethan sind, und sie bilden allerdings die gemeine Meinung, haben sich denn auch, bes. dem kanon. R. folgend (*v. in aetern. salut. etc.*), in mannigfaltigen Beschränkungen versucht. Wo soll aber hier überhaupt die Grenze gesteckt werden? Ich halte es für unmöglich, eine solche zu ermitteln, und die versuchsweise gezogenen (s. z. B. bei Weber nat. Verb. S. 572., aber diesen selbst dagegen) für willkührlich und völlig unzureichend; auch ist jede ein Verstoss gegen das kanon. Princip von der Rettung des Seelenheils durch Aufrechterhaltung der Eide. Ich muss mich aber auch ganz entschieden für die erstere Auffassung der Auth. erklären, und gebe der sicheren Nachricht über ihre Entstehung den Vorzug vor der wörtlichen Fassung. Und somit haben wir in derselben nichts weiter als eine Erweiterung der römischen Ausnahme, neben welcher dann die kanonischrechtlichen Fälle nur als andere hinzugekommene bestehen würden. (Ueber ältere Auslegungen und dadurch entstandene zahlreiche Kontroversen s. Quist. Beitr. S. 370 ff.) Für solche aber glaube ich sie, dem gedachten dagegen sprechenden Zweifel ungeachtet, anerkennen zu müssen. Wendet man sich nämlich, um in diesen Verwickelungen ein sichereres Licht zu gewinnen, an die Praxis, so zeigt sich zwar, wie schon gedacht, im Ganzen eine überwiegende Stimmenmehrheit für die allgemeine Anwendbarkeit des Princips der Auth. und des kanon. R. auf Verträge ohne weiteren Unterschied; allein, sobald man in's Einzelne geht, begegnet man überall unsäglichen Meinungsverschiedenheiten und Streitereien aller Art, selbst über die Art der Wirksamkeit der eidlichen Bekräftigung; vgl. Weber a. a. O. S. 574 ff. Kann also der Praxis nach m. E. weder im Ganzen noch für einzelne Fälle, über welche mehr Uebereinstimmung zu herrschen pflegt, (vgl. z. B. Glück Bd. IV. S. 557.) Gewicht beigelegt werden, (s. auch Mühlenbruch a. a. O. S. 191 ff. und Puchta §. 253. a. E.), so ist sie natürlich über die ausdrücklich im kanon. R. erwähnten Fälle niemals im Zweifel gewesen, und daher in diesen, und daneben denn auch über die Gültigkeit der eidlich bestärkten Intercession der Frauen allerdings unbedenklich zu befolgen; über den letzten Fall s. namentlich noch *Mal*-

Draufgeld, d. h. ein Stück oder eine Summe Geld oder eine Sache, welche ein

blanck de jurejur. §. 118. Weber S. 581.[7], Glück a. a. O. Bd. IV. S. 557. XV. S. 47 ff. Puchta §. 408. a. E. Hiermit sind aber die Zweifel und Ungewissheiten noch nicht erschöpft; es entsteht nämlich die Frage, wie die eidliche Bestärkung in formeller Hinsicht beschaffen sein müsse? Für die der Minderjährigen namentlich erfordert man einen wirklichen, körperlichen Eid und begnügt sich nicht mit blosser Versicherung an Eides Statt. S. Quistorp a. a. O. S. 377 ff. und die dort Gen. Dies ist mit den Worten der c. 1. *d.* in Einklang; nimmt man dazu den ausdrücklich anerkannten Gegensatz schriftlicher eidlicher Versicherung in c. 3. *Si minor se major.*, so muss die von Bülow u. Hagemann Erört. Bd. IV. S. 580 ff. vertheidigte entgegengesetzte Meinung gewiss verworfen werden. Wenn dagegen Manche eine Certioration des Minderjährigen verlangen, so entstände zwar sogleich noch die Frage, wer diese ertheilen solle, oder ob eine kund gegebene Kenntniss desselben von seinen Privilegien, etwa im Schuldschein, von Seiten desselben genüge; indessen halte ich eine solche überhaupt nicht für erforderlich (s. auch Quistorp S. 380.), weil daraus, dass sich der Minderjährige zur Eidsleistung versteht, wenn nicht seine Wissenschaft (die fast nicht fehlen kann), dass ohnedies der Vertrag anfechtbar sein werde, so doch ganz gewiss ein so fester Wille, ihn zu erfüllen erhellt, dass dem Gewicht des Eids gegenüber die Rechtswohlthat wegen des Alters, auf welche ohne sie zu kennen damit nicht verzichtet sei, nicht in Betracht kommen kann. Gleicher Streit herrscht in Betreff eidlicher Entsagung der weiblichen Rechtswohlthaten bei Intercessionen, s. Glück a. a. O. S. 47 ff., und jetzt Girtanner, die Bürgschaft u. s. w., Bd. II. S. 272 ff., indessen lassen sich zur Schlichtung desselben keine Gründe von ähnlicher Stärke anführen; Glück, gestützt auf angesehene Autoritäten hält die Versicherung an Eids Statt für genügend; Andere dort gen. erfordern entweder einen körperlichen oder doch schriftlichen Eid. Auch über die Nothwendigkeit der vorgängigen Belehrung herrscht Streit, s. bei dems. S. 41., sowie darüber, ob nicht eine öffentliche Urkunde erforderlich sei. Diese Kontroversen lassen sich in der That mit Gründen gar nicht entscheiden; wo daher kein Partikulargesetz oder Gerichtsbrauch aus der Verlegenheit hilft, ist dem Betheiligten nur zu rathen, sich aller Kautelen zu bedienen, um nicht durch den Mangel einer einzigen seinen Zweck zu verfehlen. Für die beiden übrigen im kanon. R. genannten Fälle endlich sind m. W. Kontroversen der Art nicht so ausgebildet; da überall einfach der Eid genannt ist, so wird man berechtigt sein, einen wirklichen Eid zu fordern, und sich nicht mit einer blos eidlichen Versicherung begnügen dürfen, zumal der Unterschied des R. R. zwischen körperlichem Eid und schriftlicher Versicherung an Eids Statt, — der also mündliche gleich zu setzen ist, — vom kanon. R. gewiss nicht ausser Acht gelassen sein wird. Was nun endlich noch die Frage betrifft, wie solche Eide zu leisten seien, so hängt sie zum Theil von der ab, ob sie nur vor Gericht geleistet werden können? Denn soweit dieses erforderlich wäre, würde der den Eid abnehmende Richter die gewöhnlichen Förmlichkeiten zu beobachten haben. Nach heut. R. kann für's erste im zweiten Ausnahmefall der Eid nicht wohl mehr aussergerichtlich, d. h. privatim, erfolgen, da Verhandlungen über Veräusserung der Grundstücke nur gerichtlich vorgetragen zu werden pflegen. Von dem vierten Fall gilt natürlich, wenn man dabei gerichtliche Verhandlung erfordert, dasselbe. Uebrigens aber halte ich im Ganzen die privatim geschehende Leistung eines Eids nach gem. Recht nicht für ausgeschlossen, sondern vielmehr im Zweifel für gemeint, also für vollkommen zulässig, wie selten sie auch vorkommen mag; vergl. auch Glück Komm. Bd. XII. S. 233. 239. Jacobson im R.-Lexikon Bd. I. S. 646. 668. Vgl. unten §. 107. Anm. [84]. Daher sind zuweilen solche Eidsleistungen partikularrechtlich verboten, s. z. B. Bornemann syst. Darst. des preuss. Civ. Rs. Bd. II. S. 525 f. Allg. L. R. Thl. II. Tit. 20. §. 1426. Allg. Ger.-Ordnungen. Thl. I. Tit. 10. §. 248. Hannov. Gesetz v. 28. Decbr. 1821. Zur Eidsleistung selbst aber gehört nach m. E. in diesem Fall als wesentlich nur der herkömmliche Eingang und Schluss der Eidsformel (ich schwöre u. s. w. — so wahr u. s. w.), während der Eid sowohl durch Unterschrift als mündlich geleistet, ohne Abnahme durch einen Anderen, für einen wahren Eid gehalten und volle Kraft haben muss, wozu dann jede andere Form der Versicherung im Gegensatz steht.

Paciscent, oder auch jeder, dem anderen giebt, und welche zwar in der Regel als ein Zeichen, dass der Vertrag perfekt sei, erscheint[2], aber unter gewissen Umständen, oder durch Beabredungen noch eine besondere Bestimmung erhalten kann. Wenn nämlich schon bevor es zum wirklichen und eigentlichen Abschluss eines Vertrags selbst kommt, also während der Traktaten (s. §. 96. I. 1.) eine Arrha gegeben wird, und sich jene durch Schuld des einen der Paciscirenden zerschlagen, so nimmt die Arrha den Charakter einer Konventionalstrafe an, dergestalt, dass, wenn der zurücktritt, welcher sie gegeben, er des Gegebenen verlustig geht, wenn aber der Empfänger, so muss er sie dem ersteren zurückerstatten und soviel, als sie beträgt, dazu. Sonach erscheint in diesem letzteren Fall die Bestellung einer Arrha als ein selbstständiger Vertrag[3]. In den Fällen der anderen Art hat die Arrha keinen anderen, als den gedachten Zweck, sie soll mithin den Empfänger nicht bereichern, sondern ist, sobald der Vertrag erfüllt worden, entweder zurückzugeben, oder sie pflegt auch bei gegenseitigen Verträgen, und wenn sie in Gelde besteht, auf Abschlag der Gegenleistung, dem Empfänger überlassen zu werden[4]. Wird der

[2] Pr. *I. de Emt. v. Nam quod etc.* *Gaius* III. §. 139. fr. 35. pr. *de Contrah. emt.* Als Gegenstand der A. werden ausser Geld auch Ringe genannt, s. z. B. fr. 11. §. 6. *de A. E.* fr. 5. §. 15. *de Instit. act.*, s. noch Glück Bd. XVI. S. 92.[65]. Ueber das Wort und die Sitte der *arrha* s. *Schrader Comm. ad Inst. l. l.* Der gangbare Unterschied zwischen einer sog. *arrha pacto perfecto data* und der *a. perficiendi contractus*, oder *p. imperf. data*, auf den Grund des pr. *I. d. v. ita tamen*, coll. c. 17. *de Fide instrum.*, wonach ihr im letzteren Fall, „wenn sie sich auf einen künftigen Vertrag beziehe," die Natur einer Konventionalstrafe, welche der Geber verliere, resp. der Empfänger doppelt zurückzahlen müsse, wenn dieser oder jener den Abschluss verweigere, auch wenn es nicht besonders ausgemacht worden, beigelegt wird (s. Glück a. a. O. und alle Pandektenlehrbb.), ist zwar an sich richtig, allein es scheint dabei die nach R. R. den Fällen der zweiten Art beizuzählende Klasse der *pacta de contrahendo* nicht ausgeschieden zu sein, welche nach heut. R. klagbar geworden sind, so dass eine mit ihnen verbundene *arrha* einen ganz anderen Charakter haben muss. Da nämlich nun dieselben so gut wie jeder andere Vertrag erfüllt werden müssen, während einseitiger Rücktritt ganz unstatthaft ist, so kann die *arrha* in Verbindung mit ihnen keinen anderen Zweck, als den bei jedem anderen perfekten Vertrag haben. Nur eine schon während der Traktaten (s. §. 96. I. 1.) gegebene *arrha*, also bevor es noch zu einem *p. de contr.* gekommen, kann den gedachten Charakter einer Konventionalstrafe an sich tragen. Die citirten Stellen sondern beide Fälle natürlich nicht, berücksichtigen aber das von uns mit dem Begriff der Traktaten bezeichnete Stadium der Verhandlungen über Errichtung eines Vertrags allerdings; wegen der Institutionenstelle s. deshalb bes. *Schrader l. l. ad vv. sive — celebrata est* und *sine scriptis*. Dagegen muss das *recedere* und *recusare adimplere contractum*, welches mehr auf ein *pactum de contrahendo* Bezug hat, in der praktischen Beschränkung wieder nur analog von einem schuldvollen Abbrechen der Traktaten verstanden werden; und da in diesem Fall sich oft nicht nachweisen lassen wird, an wem die Schuld liege, dass nicht der Vertrag zum vollen Abschluss gekommen ist, so hat mit der Ausscheidung der *pacta de contr.* die *arrha p. imperf. data* allerdings den Hauptheil des Gebiets ihrer Anwendbarkeit verloren. — Wenn übrigens in diesen Stellen der Käufer allein als der, welcher die *a.* giebt, genannt ist, so ist das nur deshalb geschehen, weil es bei diesem am häufigsten vorkommt, und nicht etwa für andere Geschäfte und Personen ausgeschlossen, s. Glück a. a. O. S. 92. Allerdings aber kommt sie bei gegenseitigen Verträgen ganz vorherrschend vor, und zwar so, dass sie nur von einem Kontrahenten, z. B. dem Käufer oder Miether, dem anderen gegeben wird, indessen ist sie weder in dieser, noch in jener Hinsicht beschränkt. Ist nun eine gegenseitige gegeben, so kommen auf jede je nach den Umständen die nachher folgenden Grundsätze zur Anwendung, so dass doppelte Verluste eintreten können. Vergl. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 270 f.

[3] S. vor. Anm.

[4] Fr. 11. §. 6. *de A. E.* fr. 5. §. 15. *de Instit. act.* fr. 8. *de Leg. commiss.*

Vertrag durch Uebereinkunft rückgängig[5], oder wird seine Erfüllung unmöglich[6], oder erlischt die Verpflichtung dazu[7], so muss die Arrha ebenfalls zurückgegeben werden. Die Rückforderung kann übrigens nur vom Empfänger, also mittelst persönlicher Klage geschehen, nicht etwa eine zu dem Ende hingegebene Sache mit der *in rem actio* zurückverlangt werden[8]. Dagegen aber kann der Arrha in diesen Fällen durch Uebereinkunft ebenfalls die Eigenschaft einer Konventionalstrafe in sofern beigelegt werden, wenn ausgemacht wird, dass sie bei ausbleibender Erfüllung der Obligation dem Empfänger verbleiben, und nach Gelegenheit von diesem, wenn er sich darin etwas zu Schulden bringt, doppelt zurückgezahlt werden soll; namentlich ist dies dann immer anzunehmen, wenn ein kommissorischer Vertrag mit dem Hauptvertrag verbunden worden ist[9]. Endlich kann auch die Uebergabe einer Arrha mit der Bevorwortung und für den Fall geschehen sein, dass dem Geber freistehen solle, gegen Verlust derselben, binnen einer bestimmten Zeit von dem Vertrag zurückzutreten, und er davon Gebrauch mache; man nennt sie in diesem Fall ein Reugeld[10].

III. Die Erfüllung einer Obligation jeder Art[11] kann wiederholt versprochen,

[5] Fr. 11. §. 6. *d.* c. 2. *Quando liceat ab emt.*

[6] C. 3. *de Sponsal.*

[7] C. 5. *eod.* c. 16. *de Episcop. audient.* Ausnahmen kommen nach örtlichem Gewohnheitsrecht vor, in denen die Arrha nicht zurückgegeben wird, z. B. bei der Miethe des Gesindes, s. Unterholzner Bd. I. §. 31. Nr. IV.

[8] Fr. 11. §. 6. *d.* c. 3. *de A. E.* Hiernach liegt also in der Hingabe einer *arrha* eine Veräusserung mit einer bedingten Obl. zur Rückübertragung. Vergl. Glück a. a. O. S. 97.

[9] Das letztere beweist fr. 6. pr. *de Lege commiss.* Hiernach ist in diesem Fall ausdrückliche Verabredung nicht erforderlich; eine solche ist erwähnt in fr. 8. *eod.* und c. 1. *de Pactis inter emtor.* Die im Text gedachte Beabredung bedarf als statthaft keines Beweisgrunds.

[10] C. 1. *de Pactis inter emt.* vergl. Glück a. a. O. S. 96. und die dort Anm. [71] und [72] Gen. — Nach fr. 38. pr. *de Ritu nupt.* und c. 5. *de Sponsal.* hat die *a.* bei Eheverlöbnissen immer diesen Charakter; da dieselben nach kan. R. klagbar sind (vergl. Glück Bd. XXIII. S. 77 ff. 89 f.), so gelten soweit über die *a.*, hier Mahlschatz genannt, die gewöhnlichen Grundsätze, bei eingetretener Erfüllung durch Ehevollziehung aber treten Abweichungen ein, s. dens. Bd. XXIV. S. 393 ff., doch wird die Modifikation zu Gunsten der unmündigen Bräute nach c. 5. *d.* bei einseitigem Rücktritt noch zur Anwendung gebracht, s. das. S. 405 ff. Vergl. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 268 f.

[11] Fr. 1. §. 6. fr. 29. *de Pecun. const.* (künftig *h. t.* citirt), s. noch c. 2. *ej. tit.* (Unbeschränktheit rücksichtlich des Inhalts der Obl.) fr. 3. §. 2. *h. t.* c. 2. pr. *eod.* fr. 19. pr. *h. t.* (*obl. in diem* und *sub cond.*) fr. 1. §. 7. *h. t.* (*natur. obl.*). Gestützt darauf, dass auch Justinian in c. 2. *d.* sich des Ausdrucks *pecunia* bedient, behauptet Göschen Vorles. §. 558. z. A. und B. 4., dass dieses zwar im weiteren Sinn verstanden, jedoch auf körperliche Gegenstände beschränkt werden müsse. Nach m. A. ist die Beibehaltung jenes Worts in der Zusammensetzung *a. pecun. const.* nur darum geschehen, weil diese einmal technisch war, übrigens aber durch die Worte: *sed etiam alias omnes [res] sive mobil. sive immob. — vel alias quascunque res, quas in stipul. homines possunt deducere*, jede Schranke für den Gegenstand entfernt. S. auch Glück Komm. Bd. XIII. S. 362. 2). Dass die zu konstituirende Obl. gültig sei, versteht sich von selbst, denn eine andere, von deren Erfüllung die Rede sein könnte, existirt nicht, fr. 11. pr. *h. t.* coll. fr. 18. §. 1. *eod.*; der Versuch, das Const. auf eine ungültige oder wirkungslose Obl. zu beziehen, muss dieses, als eine accessorische Obl., selbst ungültig machen. Anwendungen davon s. in: fr. 3. §. 1. *h. t.*, *obl. per except. subl.*, wenn nicht *obl. natur.* übrig geblieben, oder die *exc.* etwa durch die dem Const. zu Grunde liegende Absicht als ausgeschlossen betrachtet werden kann; arg. fr. 18. §. 1. *h. t.* in Anwendung gedacht auf eine durch Zeitablauf erloschene Obl.; in dem Const. einer verjährten Obl. kann ein Verzicht auf die Einrede der Verjährung enthalten sein, widrigenfalls wäre es ungültig, weil danach keine *obl. nat.* übrig ist, s. noch Anm. [16]. Vergl. Glück a. a. O. S. 379. 4) 380 ff. Ueber die Geschichte des Const. s. jetzt Girtanner die Bürgschaft, S. 47 ff. auch Fuchs im Arch. Bd. 42. S. 172 ff.

beziehungsweise besonders zugesagt werden, so dass in diesem Versprechen ein besonderer Vertrag enthalten ist, welcher *constitutum* heisst[12]. Nicht zu verwechseln damit ist ein blosses wiederholtes Versprechen einer bereits versprochenen Leistung, das sog. Pactum geminatum, es ist nämlich demungeachtet nur ein einziger Vertrag vorhanden[13], während das Constitutum neben einem früheren Vertrag als ein zweiter, und in Bezug auf eine Obligation anderen Ursprungs als ein besonderer Vertrag erscheint[14]. Das für beide Fälle gemeinschaftlich Eigenthümliche des Constitutum ist also die Beziehung seines Inhalts auf die Erfüllung einer bereits für sich bestehenden Obligation, welche als Voraussetzung dafür erscheint[15]. Zwar versteht sich die Erfüllung auch ohnedies, wenn sie sonst nur klagbar ist, von selbst, so dass es einer besonderen Zusage deshalb nicht bedürfte, indessen hat der Gläubiger hierdurch nicht nur den Vortheil, dass ihm zwei auf denselben Gegenstand gerichtete Obligationen nebeneinander zustehen, indem das Constitutum die schon be-

[12] Fr. 1. pr. *h. t.* fr. 36. *de Jurejur.* — In Nov. 115. c. 6. sind Bestimmungen darüber enthalten, je nachdem die Erfüllung personell oder impersonell (*satisfiet tibi*) oder unter Bezug auf Dritte zugesagt worden ist. Ich sehe hierin nichts weiter, als die Anwendung allgemeiner Grundsätze über den Inhalt der Verträge, und keine andere als die gewöhnlichen Regeln der Beziehung vertragsmässiger Leistungen auf Dritte, so dass es der Hervorhebung derselben beim Constit. als besonderer nicht bedarf; nur mag das Constit. häufig dazu benutzt worden sein, von diesen Regeln abzugehen, resp. sie für unanwendbar zu halten, wodurch Zweifel entstanden waren, gegen welche sowohl jene Nov., als schon zahlreiche Pandektenstellen besondere Bestimmungen enthalten, s. fr. 5. §. 4—6. 9. fr. 8. 9. 30. *h. t.* fr. 59. *de Solut.* Es kommen also auch hier nur die allgemeinen Grundsätze des §. 102. zur Anwendung. Eine impersonelle Zusage aber wird nicht leicht, worauf es hier ankommt, eine andere Auslegung leiden können, als dass sich wegen des Bezugs auf eine eigene Obl. von selbst verstehe, dass der Constituent erfüllen wolle und solle, vergl. auch fr. 14. pr. *h. t.*; im entgegengesetzten Fall ist natürlich das Constit. wie jeder andere Vertrag nicht wegen der Impersonalität, sondern wegen seines mangelhaften Inhalts unwirksam, s. §. 97. I. — Von einigen älteren wie neueren Juristen ist bekanntlich der Lehre vom Const. (*debiti proprii*) aller praktische Werth abgesprochen worden. Dass dasselbe bei den Römern in sofern seine eigenthümliche Bedeutung hatte, als es namentlich als ein *pactum praetor.* galt, mithin nichtklagbare Obl. dadurch, ohne Stipulation vollwirksam werden konnten, ist richtig (s. auch noch *Gaius* IV. S. 171.), vergl. darüber Glück a. a. O. S. 363 ff.; allein, auch abgesehen davon, ist sein praktischer Werth nach dem obigen Folgenden gross genug; es zweifelt daher m. W. jetzt Niemand an demselben, vgl. dens. S. 424. Göschen Vorles. §. 558. a. E. Eine neue Abh. über das Constit. ist von Fuchs a. a. O.

[13] S. Glück Komm. Bd. XIII. S. 373. und die dort Anm. [54] Gen. Ebenso wenig hat das Const. mit der Genehmigung (*ratihab.*) gemein, nur dann kann eine solche darin gefunden werden, wenn die Erfüllung einer solchen Obl., welche durch Genehmigung erst volle Kraft erlangen würde, zugesagt wird. Vgl. Bd. I. S. 158 ff. und bes. S. 162. 4. und Glück a. a. O. S. 376 ff. Vgl. jetzt auch Schäffer in der Zeitschrift Bd. IX. S. 88 ff.

[14] Dies tritt in den nachher folgenden Konsequenzen und Wirkungen desselben hervor. Als solcher steht der neue Vertrag unter den allgemeinen Regeln, und wenn danach schon dem früheren von Seiten des Schuldners her ein Mangel anklebt, so kann das Const. diese so wenig heilen, als, wenn es selbst an einem solchen leidet, wirksam werden, namentlich nicht, wenn es an persönlicher Fähigkeit fehlt, z. B. das Sct. Macedon. in's Spiel kommt, oder Minderjährige constituiren, fr. 1. §. 2. *h. t.* Von Seiten des Gläubigers ist dieselbe besonders in sofern von Interesse, als in dem Const. unter U. wegen der möglichen Veränderungen ein Verzicht enthalten sein kann, wozu dann die nöthige Fähigkeit nicht fehlen darf, s. Bd. I. S. 228., während es in der Regel freilich ihm zum Vortheil gereichen wird.

[15] Fr. 11. pr. fr. 1. §. 8. *h. t.* vgl. fr. 18. §. 1. *cod.* s. überhaupt c. 2. *h. t.*

stehende nicht aufhebt[16], obwohl freilich nur eine oder beide nur alternativ neben-

[16] Fr. 18. §. 3. *h. t.* (s. auch fr. 28. *eod.*) Dies äussert sich besonders auch darin, dass die Klage aus der ersten verjährt sein kann, während die zweite fortbesteht, §. 1. *eod.* Eigenthümlich scheint es, dass, wenn ein Korrealgläubiger die Erfüllung der Forderung vom Schuldner sich constituiren lässt, diese in der zweiten Gestalt nur für ihn besteht, während sie für die übrigen Korr.-Gläubiger als gezahlt gilt, fr. 10. *h. t.* Die Schlussworte dieser Stelle leiden freilich keine allgemeine Anwendung auf das *const.*, sondern sind für den besonderen Fall wohl mehr des Vergleichs wegen gewählt, was ihre Wiedergabe in den Basil. XXVI. 7. 10. noch mehr bestätigt, vgl. *Cujacius Op.* T. V. p. 407. und auch schon die Glosse; auf keinen Fall nämlich erlischt die Forderung für die anderen Korr.-Gläubiger, sondern es entsteht aus dem *const.* für den Schuldner nur eine Exception, freilich aber aus einem Vertrag, den die letzteren nicht mit ihm abgeschlossen haben. Hierdurch, und in Betracht, dass dem einzelnen Korr.-Gläubiger nicht füglich die Berechtigung, die Forderung constituiren zu lassen, entzogen werden konnte, durch die Constituirung aber die Gestaltung der Verhältnisse sich auf eine ganz besondere Weise kompliziren musste, scheint jener Satz erklärt werden zu müssen, während die Obl. an sich durch das Const. doch nicht aufgehoben wird. (Von den Schriftstellern über Korr.-Obl. berührt m. W. keiner diesen Punkt.) Somit ist der Fall dem nachher im Text bei Anm. [27] erwähnten ähnlich, wo ebenfalls eine *exc.* wider die Klage aus der constituirten Obl. entsteht. Doch kann nicht analog deren Wegfall angenommen werden, wenn der Schuldner dem constituirten Versprechen nicht nachkommt, denn diese Folge tritt dort nur zu Gunsten des Gläubigers ein, welchem constituirt wurde, während hier das Gegentheil entstehen würde; hier liegt die Aenderung in der nun ausschliesslich gewordenen Berechtigung des einen Gläubigers, diese wird nicht dadurch wirkungslos, dass der Schuldner ihm nicht zahlt, vielmehr hat der Gläubiger nun über die Forderung allein zu disponiren. — Wenn umgekehrt einer von mehreren Korr.-Schuldnern die Schuld constituirt, so kann diese Handlung nur für ihn allein relevant sein, ohne dass sie zu Gunsten oder zum Nachtheil der übrigen Einfluss zu äussern vermag. Ein solcher könnte nur aus der Analogie des vorher besprochenen Satzes, oder aus den allgemeinen Grundsätzen von der Korr.-Obl. gefolgert werden. Die erstere ist bei einem singulären Rechtssatz ausgeschlossen, auch ist die Sachlage eine ganz andere; die letzteren aber sprechen dagegen. Vielmehr lässt sich hier die Analogie vom Nachlassvertrag zur Anwendung bringen, s. §. 89. bei Anm. [2]. Auch gewährt ja das *const.* immer nur eine *exc.*, aber nur dem, der es für sich hat, nicht dritten Personen. — In der Polemik Buchholtz's, Rec. dieses Werks in den Leipziger krit. Jahrb. 1848 S. 298., scheinen Misverständnisse vorzuwalten. Andere Erklärungsversuche des fr. 10. *d.* sind von Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 168., der die Aufnahme der Stelle für ein Versehen der Kompilatoren hält; von Girtanner Bürgschaft, II. Abthl. §. 19. S. 398. [8], und von J. E. Kuntze die Obligation und die Singularsucc. Lpzg. 1856. S. 196 ff. Letzterer nimmt die Stelle vollständig in Schutz, die einen Blick in das wahre Wesen des *constitutum* gewähre, welches ganz unrichtig als die Bestärkung einer alten Schuld durch eine neue Klage aufgefasst werde; es sei vielmehr eine *novatio praetoria* (daher *solutionis loco*). Soviel Ansprechendes seine Ausführung scheinbar hat, so sprechen doch m. E. die stetigen Ausdrücke: *constituere pecuniam debitam*, *solvere constituere*, („*nulla scilicet stipulatione adjecta*", §. 9. *I. de Action.*) und die mannigfachen Beispiele in Nov. 115. c. 6., dass dadurch constituirt werde, *dicens forte: satis tibi facio*, so ferner das Beispiel des Briefs in fr. 24. *h. t.* entschieden für eine blosse Bestärkung als Zweck des *const.* Wäre der Zweck ein prätorisches Analogon, oder ein Parallel der civilrechtlichen *novatio*, so dürfte gewiss mit vollstem Recht eine ganz andere Darstellung in den Quellen erwartet werden. Dazu kommt, dass das *constituere se satisdaturum*, *se pignus daturum*, *certam person. fidejussurum pro se*, mit dem *se soluturum* ganz auf einer Linie behandelt wird, fr. 21. §. 2. fr. 14. §. 1. 2. *h. t.* Richtig ist es allerdings, dass das *const.* mit seinen Wirkungen bis in die Novation hineinreicht, wie ich selbst schon früher gesagt habe, s. im Text hinter Anm. [19], und §. 96. Anm. [48] zweite Hälfte, namentlich, wenn *aliud pro debito* constituirt ist (fr. 1. §. 5. *h. t.*). Von entscheidender Bedeutung für diese Frage ist es, ob die Klage aus der ursprünglichen Schuld unter keinen

einander geltend gemacht werden können[17], daher denn durch einmalige Leistung beide erlöschen[18], sondern es kann auch die Modalität der Erfüllung dadurch näher bestimmt und die früher beabredete geändert werden[19]. Die rechtliche Möglichkeit rücksichtlich der Veränderungen reicht aber sogar über den Begriff einer blossen Bestärkung einer Obligation hinaus, und bis in das Gebiet der Novation hinein, so dass wenigstens deren Zweck rücksichtlich des Inhalts der Leistung, wenn auch nicht rücksichtlich der Aufhebung der früheren Obligation, dadurch erreicht werden kann. Die Veränderungen nämlich können sich nach folgenden Richtungen hin erstrecken. Mehr kann natürlich nicht zu erfüllen versprochen werden, als geschuldet wird, wohl aber weniger[20], oder für eine bestimmte Leistung eine solche von anderer Art[21], Fristen der Erfüllung gesetzt[22], bereits bestimmte verkürzt oder verlängert[23], der Leistungsort verändert[24], unbedingte Forderungen in bedingte[25], und bedingte in unbedingte verwandelt werden[26]. An Veränderungen dieser und ähnlicher Art oder an näheren Bestimmungen wird es keinem Constitutum leicht fehlen, indem es ohnedies als Vertrag von der Absicht der Paciscenten aus beinahe zwecklos erscheinen würde. In sofern nun das Constitutum besondere Bestimmungen oder Aenderungen der früheren Obligation enthält, kann diese gleich den früheren modifizirten Bestimmungen nicht geltend gemacht werden, so lange der Schuldner den neu konstituirten nicht entgegenhandelt, und es ist somit daraus

Umständen mehr erhoben werden kann, (was Kuntze behauptet) denn dann würde der Effekt des *const.*, sei sein Zweck auch nicht dahin gerichtet gewesen, allerdings auf eine *novatio* hinauskommen. Allein ich muss die Folgerungen bei Anm. [27] ff. trotz Kuntze's Widerspruch festhalten (vergl. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 841. i)). Wäre in fr. 16. §. 2 ff. *h. t.* von der Klage aus dem *const.* die Rede, so bedürfte es doch darüber, nachdem es der Prätor einmal für klagbar erklärt, gar keiner weiteren Bestimmungen. — Burchhardi das System u. s. w. des röm. Priv.-R. II. Abthl. S. 798. (§. 264.) lehrt daher glatt hin: „eine Novation liege im *const.* niemals, daher es dem Gläubiger unbenommen sei, so lange er aus dem *constit.* nicht befriedigt sei, die ursprüngliche Forderung geltend zu machen", und zwar nach fr. 28. *h. t.*, indem er darin das *const. deb. alieni* mit dem *deb. proprii* ganz gleichstehend betrachtet.

[17] Fr. 18. §. 2. 3. *h. t.* vgl. noch fr. 28. *eod.* fr. 15. *de In rem verso*, vergl. Glück a. a. O. S. 395.

[18] Fr. 18. §. 3. *d.*

[19] S. ausser den in Anm. [22] ff. gen. Stellen noch fr. 25. pr. *h. t.* (Aufhebung einer Wahl zwischen mehreren Leistungen) u. Anm. [30] a. E.

[20] Fr. 1. §. 8. fr. 11. §. 1. fr. 13. *h. t.* (s. noch fr. 2. *eod.*, wonach der Betrag des *peculii* nicht für die Grösse der möglicher Weise zu constituirenden Summe maasgebend ist; s. noch fr. 19. §. 2. fr. 20. *h. t.*), daher können keine neuen Leistungen zu schon schuldigen hinzugesetzt werden, fr. 12. *eod.*, es gilt auch das *benef. comp.* gegen die frühere Obl. fort, fr. 3. pr. *h. t.* S. noch Anm. [26]. Wegen des nicht constituirten Mehrbetrags, wenn z. B. von 20 nur 10 constituirt sind, behält es bei der früheren Obl. sein Bewenden; es sei denn, dass ein Erlass desselben anzunehmen wäre. Darüber, ob das Mehr als eine Schenkung betrachtet werden könne, s. Glück a. a. O. S. 356 ff., er ist im Zweifel dafür; mir scheinen die von ihm verworfenen Gründe das volle Uebergewicht zu haben, zu denen noch der strenge Bezug auf die ursprüngliche Schuld kommt, welche zu dem Mehrbetrag nicht existirt.

[21] Fr. 1. §. 5. fr. 25. pr. *h. t.*

[22] Fr. 16. §. 1. c. 2. *h. t.* Hierdurch ist auch der Zweifel des fr. 21. §. 1. *h. t.*, ob *sine die* constituirt werden könne, gehoben, vgl. Glück a. a. O. S. 390.; die in letzterem bestimmte gesetzliche Frist von 10 Tagen für die *exactio* durch die *a. pecun. const.* kann danach auch nicht mehr für praktisch gehalten werden; a. M. Puchta §. 255. h).

[23] Fr. 4. coll. fr. 3. §. 2. *h. t.*

[24] Fr. 5. pr. *h. t.* übrigens entsteht dadurch keine Nothwendigkeit, gerade an diesem Ort Klage zu erheben, fr. 16. §. 1. *h. t.*

[25] Fr. 19. §. 1. *h. t.* c. 2. *eod.*

[26] C. 2. *h. t.* Vgl. Anm. [31].

wider die Klage aus der früheren Obligation eine Exception begründet[27]; sobald er jedoch mit der Leistung in Gemässheit derselben in Rückstand bleibt, tritt auch die erste Obligation vollständig wieder in Wirksamkeit[28], es wäre denn, dass der Schuldner rücksichtlich jener ausser Schuld, oder wenigstens noch vor Erhebung der Klage aus der früheren Obligation dazu bereit und kein Grund für den Gläubiger vorhanden ist, die Annahme nach der zweiten zu verweigern[29]. Es ist endlich sogar möglich, die Erfüllung der Schuld an eine gewisse Person mit deren Einwilligung einer dritten zu konstituiren, so dass auf diese Weise die Person des Gläubigers wechselt, und das Constitutum gewissermaassen die Stelle der Cession vertritt[30]. Soweit beim Constitutum Aenderungen nicht beliebt worden sind, behält es natürlich für dasselbe beim Inhalt der früheren Obligation überall sein Bewenden und es geht dieser in jenes mit über[31]. — Bisher ist vorausgesetzt worden, dass das Constitutum vom Constituenten in Bezug auf eine eigene Schuld, also, mit Ausnahme der zuletzt gedachten Möglichkeit der Veränderung des Gläubigers, mit seinem eigenen Gläubiger eingegangen worden sei (*constitutum debiti proprii*); es ist aber auch, und zwar in derselben Weise möglich, die Erfüllung einer fremden Schuld zu versprechen (*c. deb. alieni*). Hierin liegt zugleich eine Intercession, weshalb diese Form zur Lehre von dieser gehört.

§. 100.

B. *Von den verbotenen Handlungen und* C. *von den Zuständen als Entstehungsgründen von Obligationen.*

B. Der Begriff des Verbots einer Handlung in privatrechtlicher Hinsicht kann einmal gewisse beabsichtigte Wirkungen und Folgen betreffen, so dass sie wirkungslos und ungültig ist; dieser ist hier nicht gemeint, er gehört der Lehre von den Rechtsgeschäften und ihrer Gültigkeit an, s. §. 24. II. A. 2.; sodann diejenige Handlungsweise, welche, dem Verbot zuwider geschehen, eine Obligation begründet. Vorausgesetzt dabei ist nämlich, dass dadurch eine Rechtsverletzung, ein Schaden, entstehe, zu deren Wiederaufhebung oder Ausgleichung der Handelnde demjenigen, der sie erlitten, verpflichtet wird[1]. In diesem Umfang des Begriffs lassen sich zwei

[27] Fr. 16. §. 2 sqq. *h. t.* coll. fr. 17. *eod.*

[28] S. diess. Stellen, bes. §. 3. *d. tenet actio.* Vgl. Glück a. a. O. S. 394.

[29] Fr. 16. §. 3. fr. 17. 18. pr. *h. t.*

[30] Fr. 5. §. 2. *h. t.* Die (von allen, die ihrer gedenken, ohne Weiteres und als wenn sie in dieser Stelle ausdrücklich erwähnt wäre — s. z. B. Glück a. a. O. S. 393. Göschen a. a. O. Nr. 6. — angenommene) Einwilligung des ursprünglichen Gläubigers ist darum nothwendig vorauszusetzen, weil sonst der Constituent nicht Schuldner des Dritten werden könnte, sondern die Verhandlung mit diesem ganz erfolglos sein müsste. Bei einem Geschäft dieser Art ist die Abtragung der Schuld die Hauptsache und der eigentliche Zweck, daher dasselbe nicht unter den Begriff der Intercession tritt, sobald es beim blossen Constit. bleibt; es ähnelt eher der Zahlungsanweisung. Uebrigens ist eine Veränderung beim Const. auch noch in der Art möglich, dass die Möglichkeit der Zahlung an einen Dritten dadurch entweder aufgehoben oder hinzugefügt wird, s. fr. 8. *h. t.*

[31] Fr. 59. *de Solution.*; so die Knüpfung der Schuld an Bedingungen, fr. 19. pr. *h. t.* (vgl. bei Anm. [26]), das *benef. comp.* geht ebenfalls in das *constit.* mit über, s. fr. 3. pr. *h. t.* Vgl. Glück a. a. O. S. 395. und die dort Anm. [10] Gen.

[1] Die *oblig. ex delicto*, und zwar darum *privato*, gewährten nach R. R. theils ausser dem Anspruch auf Schadensersatz auch einen solchen auf eine Strafe in Gelde, theils nur eine Strafforderung dieser Art, so dass das in der *rei persecutio* enthaltene Objekt in der Strafe steckte, s. §. 29. Bd. 1. S. 260 ff. Nach heutigem Recht sind die dort aufgezählten Aenderungen eingetreten, wonach in der Regel nur der Gesichtspunkt der Entschädigung übrig ist, während dagegen für viele der rö-

Richtungen unterscheiden, die eine, in sofern die bereits in einem Obligationsverhältniss stehenden Personen ihren dadurch gegebenen Obliegenheiten entgegenhandeln, die andere, in sofern unabhängig von einem solchen Verhältniss die Handlung eine Rechtsverletzung enthält, und also völlig selbstständiger Grund einer Obligation wird. Die Fälle der ersteren Art enthalten nur eine Erweiterung oder Modifikation der bestehenden Obligation, und finden unter diesen im folgenden Paragraphen ihren Platz. Die der zweiten Art, m. a. W. die Delikte, sind hier allein übrig. Der Inhalt dieser Obligationen bildet sich aus dem verletzten Recht. Ein solches hat einen Vermögenswerth, durch die Verletzung wird dieser gemindert, und somit sind diese Obligationen auf Ersatz oder nach Umständen auf Zurückgabe oder Wiederherstellung des veränderten Zustands gerichtet. Als Gegenstand der Verletzung erscheinen aber hier nicht blos eigentliche Vermögensstücke, also namentlich Sachen, welche beschädigt, verschlechtert, vernichtet oder dem Besitzer genommen werden können, und Rechte, deren Ausübung gewaltsam oder arglistig verhindert und deren Werth dadurch vereitelt werden kann, sondern auch der Körper und die Freiheit des Menschen als Voraussetzung, mittelst körperlicher oder geistiger Thätigkeit Vermögenswerth zu erwerben, was durch Verletzung der Freiheit und physische Beschädigung des Körpers verhindert werden kann, oder bezüglich eines durch die letztere nöthig gewordenen Vermögensaufwands[2]. Ja, es reicht der Umkreis derjenigen Obligationen, welche durch unerlaubte Handlungen entstehen können, noch weiter, indem der Inhalt mancher, wenn auch nur weniger, kein Ersatz für einen zugefügten Verlust am Vermögen, sondern eine reine Strafe für eine nur das Gefühl kränkende Handlung ist, deren Forderung das Recht dem Verletzten anheimgegeben hat, so dass sie für ihn als eine Genugthuung wegen erlittener Unbilden erscheint[3]. Hierin liegt denn allerdings der äusserste Grenzpunkt, welchen das Privatrecht nach der Seite des Strafrechts zu erreicht und gewissermaassen ein beiden gemeinschaftliches Gebiet, indem jenes die demselben angehörigen Handlungen gleichzeitig und unabhängig von der Privatgenugthuung, wenigstens unter Umständen, mit öffentlicher Strafe belegt. Zwar findet eine solche auch auf viele unerlaubte Handlungen Anwendung, durch welche eine blosse Vermögensverletzung entsteht, die zum Ersatz verpflichtet, z. B. auf den Diebstahl oder Raub; diese bieten aber in dem Begriff des Ersatzes auch ein ganz reines privatrechtliches Element dar, während die der gedachten Art eines solchen entbehren, und vielmehr nur eine zwiefache Busse, eine private und eine öffentliche nach sich ziehen. — Um eine Handlung als unerlaubte zu charakterisiren und sie als Entstehungsgrund einer Obligation erscheinen zu lassen, müssen folgende Voraussetzungen zusammentreffen:

1. die Handlung muss an sich eine widerrechtliche sein[4]. Es kann eine Handlung ihrem objektiven Inhalt und ihren thatsächlichen Folgen nach ganz so geeigenschaftet sein, wie sie vom Recht als Grund einer Obligation vorausgesetzt wird, und dennoch diese Folge ausbleiben, nämlich sobald kein Recht dadurch verletzt

mischen Privatdelikte öffentliche Strafen eingeführt sind. Von den Fällen nun, in welchen von einer Entschädigung für einen Vermögensverlust durch ein Privatdelikt keine Rede ist, sondern nur von einer reinen Forderung der darauf gesetzten Busse, sind sehr wenige übrig, und für diese allein besteht der Charakter der Strafklage fort, s. ebendas. bei und in Anm. 25 und nachher im Text bei Anm. 3. S. noch nachher Anm. 19 und 20.

2 Hierüber das Weitere in der Lehre vom widerrechtlichen Schaden (*damn. injuria datum ex lege Aquilia*).

3 Hierüber das Weitere in der Lehre von den Injurien.

4 Fr. 151. *de R. J.*

wird. Dies trifft dann zu, wenn ein Recht des Handelnden, so zu handeln, bestand[5]. Die Handlung ist dann selbst die Ausübung eines Rechts, und es kommt nur darauf an, dass diese in den gehörigen Schranken geschehen ist; s. §. 27. 2. Namentlich gehören hierher die erlaubten Aeusserungen der Eigenmacht, also die Selbstvertheidigung, s. §. 28. I., und die Ermächtigung von Seiten der Staatsgewalt zu solchen Handlungen[6], wodurch Staatszwecke erreicht werden sollen; s. das. Anm. 7. Hat ferner der Beschädigte die Handlung gewollt, so kann natürlich auch nicht von Verletzung eines Rechts die Rede sein[7].

2. Die Handlung muss dem, von welchem sie ausgeht, zugerechnet werden können, so dass er die Rechtsverletzung verschuldet (*culpa* im weiteren Sinn)[8].

[5] Fr. 55. (155. §. 1.) *eod.* Aus diesem Grunde ist auch die vertragsmässige Behandlung einer fremden Sache, wodurch sie verschlechtert wird, keine *injuria*, s. folgend. §. Anm. [38].

[6] Fr. 167. §. 1. *de R. J.*

[7] Fr. 46. §. 8. fr. 48. §. 2. *de Furtis*, fr. 1. §. 5. *de Injur.* vergl. Löhr Theorie d. Culpa §. 16. Dieser Punkt hängt einigermaassen zusammen mit dem bei Anm. [15] berührten Umstand.

[8] Das Thema von der Culpa gehört zwar, wie sich nachher weiter ergeben wird, nur zum Theil zu dem im Text behandelten Gegenstand, es ist jedoch wegen der umfassenden Bedeutung und der Allgemeinheit des in ihr enthaltenen Begriffs der Verschuldung erforderlich, die Anwendungen derselben im Ganzen zu übersehen, und deshalb muss die folgende Erörterung hier, wo die erste erscheint, ihren Platz angewiesen erhalten. *Culpa* kommt: 1) in einer so allgemeinen, also nicht-juristischen Bedeutung vor, wie unser deutsches Wort Schuld, s. z. B. c. 11. §. 1. *de Repud.* aber selten. 2) Juristisch ist damit jede rechtswidrige oder rechtlose Handlung bezeichnet, im Gegensatz zum *casus*, fr. 9. §. 3. *de Minor.* (s. zu beiden citirt. Stellen und überhaupt Hasse, Culpa §. 1.) also auch das, was *in mala fide* geschieht, fr. 7. §. 12. *de A. R. D.* Verweigerung schuldiger Leistungen, fr. 1. in f. 3. *Depositi*, Gewalt, Heimlichkeit, *dolus*, welcher mit *a. doli* verfolgt werden kann (§. 29. Anm. [9] Nr. 4.), und Verbrechen jeder Art, fr. 15. *de Vi*, c. 11. *de Acquir. poss.* fr. 14. §. 1. *de Re militari*, c. 2. *de Custodia reor.*, sowie jede auf irgend eine andere unerlaubte Weise schädliche Handlung. S. Löhr Theorie d. Culpa §. 1. 4. Beitr. S. 1. Hasse a. a. O. §. 1. a. E. Nach der letzten Bemerkung reicht die *culpa* weiter, als die Lehre vom widerrechtlichen Schaden. Während nun die genannten übrigen Fälle der *culpa* in diesem umfassenden Sinn keine Schwierigkeit darbieten, um die Voraussetzungen zu diesem Begriff zu erkennen, ist eine genauere Bestimmung derselben dann erforderlich, wenn im zuletzt gedachten Fall (ausserhalb eines zwischen Zweien bestehenden, besonderen rechtlichen Verhältnisses) ein Schaden als durch eine unerlaubte Handlung zugefügt betrachtet werden soll, indem es eine allgemeine Regel darüber, dass Niemand dem Anderen Schaden zufügen solle, nicht giebt, und eine solche nicht aufgestellt werden kann. Sie folgt im Text unter 1. und 2. Hier, also zur weiteren Verfolgung des Begriffs, ist für denselben Fall zunächst weiter zu bemerken, dass solcher Schaden sowohl absichtlich (*dolo*), als unabsichtlich herbeigeführt werden kann. *Culpa* also in der letzten Bedeutung umfasst auch den *dolus* in der von Nr. 1) in Anm. [9] des §. 22., in sofern jede hier gemeinte unerlaubte Handlung ein Delikt ist, s. den Text z. A. und Anm. [1] (s. noch Anm. [10]), und *culpa* im engeren Sinn als Unabsichtlichkeit. (Man unterschied hiernach früher sog. *culpa versutiae* und *c. ignorantiae.*) Bis hierher ist überall eine positive schädliche Thätigkeit gemeint gewesen (*culpa in faciendo*), kein Unterlassen (*c. in non fac.*), mit der nothwendigen Ausnahme, wenn letzteres dem ersteren nachfolgt, s. nachher im Text bei Anm. [18]. Mit der Rücksicht hierauf gewinnt aber der Begriff der *culpa* folgende weitere Gestalt. Im folgenden §. unter II. ist dargelegt, wie durch das Zuwiderhandeln gegen bestehende Verbindlichkeiten derselbe ebenfalls eintrete, und dieses nicht nur durch *facere*, sondern auch durch *non facere* da, wo man obligationsmässig hätte thätig sein sollen (*diligentia*), und dass auch letzteres sowohl absichtlich als unabsichtlich möglich sei; hier tritt also eine Nothwendigkeit, in fremdem Interesse thätig zu werden, ein, welche ausser Obl.-Verhältnissen nicht besteht, sondern eben nur durch diese begründet wird. Es ist nun von sehr angesehenen Civilisten die Möglichkeit der Aeusserung der *culpa* durch *facere* und

Der Begriff der Schuld umfasst hier einmal den nothwendigen ursachlichen Zusam-

non facere an die Spitze der ganzen Lehre als oberste allgemeine Eintheilung gestellt worden, s. *Donellus Comm. jur. civ. Lib.* 16. c. 7. §. 2. Schömann Handb. des Civ.-R. Bd. I. S. 186. 233. Löhr in sein. Magazin Bd. IV. S. 474. 488 f. Dagegen bes. Hasse Culpa §. 27 ff., welcher ihr die in aquilische und nichtaquilische Culpa entgegengesetzt hat. Bei Aufstellung dieser letzteren Eintheilung hat man nun aber für das erste Glied *culpa* schon in einer besonderen Anwendung vor Augen, nämlich in der Beschränkung auf dasjenige *damnum injuria datum*, wogegen die *Lex Aquilia* Hülfe gewährt. Allerdings ist die dabei vorausgesetzte Handlungsweise die umfassendste; allein *culpa* in der weiteren Bedeutung, von der hier noch die Rede ist, und in welcher sie Absichtlichkeit und Unabsichtlichkeit umfasst, liegt auch noch einigen anderen Fällen, wo Schadenszufügung eine Obl. entstehen macht, zu Grunde, so namentlich wegen richterlichen Versehens und Haltens gefährlicher Thiere an Orten, wo Passage ist (s. Mühlenbruch §. 449.), in welcher die Culpa nach gleichen Regeln, wie bei der *L. Aqu.* beurtheilt werden muss. Nur mit dieser Bevorwortung also ist diese Eintheilung doktrinell brauchbar, was ich ausdrücklich für mich bemerke, soweit ich mich dieser Ausdrücke besonders der Kürze wegen bediene. Ueber die Eintheilung *in c. in fac.* und *non fac.* hingegen ist Folgendes zu bemerken. Offenbar geräth Hasse, s. §. 27. 28. und dagegen §. 35., in sofern in Widerspruch mit sich selbst, als er dort die Verschiedenheit dieser von der vor. Eintheilung zu begründen sucht, und dann wieder beweist, was an sich ganz richtig ist, dass das *facere* bei der nichtaquilischen Culpa, m. a. W. in bestehenden oblig. Verhältnissen, doch immer nur eigentlich ein *non facere* sei, nämlich ein Zuwiderhandeln, eine *negligentia*, und Löhr S. 488. hat in sofern Recht, wenn er jene Opposition ein Gerede um Nichts nennt. Dennoch glaube ich, dass diese Eintheilungsform besser vermieden und der anderen als bestimmteren der Vorzug gegeben wird. Denn, wenn man auch Donell's daran geknüpfte Konsequenzen bei Seite lässt, so bleibt einmal das Bedenken stehen, dass der Begriff *facere* doch auch in den hier gar nicht mitgemeinten Formen der Rechtswidrigkeiten z. A. von Nr. 2) dieser Anm. zur Anwendung kommt, die Eintheilung also zu weit greift, sodann, dass die aquilische Culpa wenigstens unter Umständen wieder durch *non facere* möglich ist, s. Anm. 18, endlich, dass doch bei vielen Handlungen in Obl.-Verhältnissen die positive Seite die ganz vorherrschende und besondere für deren Erscheinung ist, der negative Begriff des Zuwiderhandelns, und somit das *non facere* hierin aber nur als der weitere erscheint; so in Hasse's Beispielsfall, wenn ein Miterbe zwar zu veräussernde Sachen veräussert hat, dabei aber unvorsichtig gewesen und Nachtheile herbeigeführt hat, und in unzähligen anderen. — Es kann also nur gesagt werden: der Begriff der *culpa* in dem Sinn unter Nr. 2) z. A. bietet in dieser Allgemeinheit der Anwendung nichts weiter zu einer besonderen Analyse dar, sondern nur in der auf widerrechtlichen Schaden durch andere, als die besonderen, dort bezeichneten Handlungen, und daneben in der durch Zuwiderhandeln gegen eine bestehende Verbindlichkeit, — m. a. W. als sog. aquilische und nichtaquilische Culpa. (Vgl. auch Hasse a. a. O. S. 69.) Hier kommen nun folgende Punkte in Betracht. I. Löhr a. a. O. S. 472 f. vergl. mit S. 495. und 503. vertheidigt eine Eintheilung der *culpa* in objektive, d. i. „Schade durch freie Thätigkeit, ganz einerlei, ob dem Thäter das Geschehene zur Schuld zugerechnet werden kann", und subjektive, d. i. wenn das möglich ist, also eine Verschuldung. Auf die erstere allein beziehe sich Alles, was über Begriff, Grade, Gattungen und Terminologie gesagt werden könne; in diesen Fällen aber von schuldlosen Handlungen zu reden, wie es neuerlich gebräuchlich geworden, sei nur geeignet, Verwirrungen und Misverständnisse zu erzeugen. Ich bin mit Hasse S. 51 ff. und Göschen Vorles. §. 387. z. A. der entgegengesetzten Meinung, nämlich, dass *culpa* und *injuria* in Bezug auf *damnum datum* zwar in sofern gleichbedeutend sind, dass sie sowohl die Handlung als widerrechtliche Schadenszufügung bezeichnen, wie die Zurechnung derselben für eine bestimmte Person, d. h. beides zusammen, dass aber *culpa* in engerer Bedeutung gerade nur den letzteren Bestandtheil, also das Subjektive, die Verschuldung, *injuria* aber das Objektive bezeichne, s. Hasse a. a. O. über fr. 5. §. 1. *ad Leg. Aquil.* §. 2. *I. eod.* fr. 1. pr. *de Injur.* pr. *I. eod.*; nur einmal kommt auch m. W. *culpa* objektiv gebraucht, in der Verbindung *damni culpam dare* vor, (worüber aber die

menhang zwischen der Handlung und dem rechtswidrigen Erfolg, sodann die Be-

Lesarten schwanken, indem auch (Hal.) die, *damnum culpa d.*, sich findet,) in fr. 45. §. 4. *ad Leg. Aq.*, s. aber darüber dens. S. 64 f. Daher findet sich denn z. B. in Dirksen *Man. latinit. v. culpa* auch diese objektive Bedeutung ganz und gar nicht. Dass die Neueren häufig namentlich *culpa levis* objektiv bezogen denken und brauchen, hat allerdings seine Richtigkeit; aber gewiss enthält man sich richtiger dieses Gebrauchs. Noch weit weniger leuchtet mir ein, wie gar die Grade, Gattungen und die Terminologie dieses ganzen Gebiets (*dolus*, *culpa lata*, *levis*, *omissio dilig. etc.*, *custodia*) sollen objektiv bezogen und gesondert werden können, vielmehr herrscht darin das Subjektive durchaus vor; das Objektive, die Rechtsverletzung, ist nur Voraussetzung der Möglichkeit, dass die subjektiv bezogenen Begriffe rechtliche Bedeutung erhalten. Sobald es aber an der subjektiven Beziehung fehlt, muss der Begriff des Schadens alle rechtliche Bedeutung verlieren, um den des Ersatzes daran knüpfen zu können. Es ist mithin *culpa* wie Schuld im Deutschen vorherrschend als Verschuldung zu verstehen. Vergl. fr. 5. §. 2. fr. 29. §. 4. fr. 52. §. 1. *ad Leg. Aq.* fr. ult. *de Scto Silan.* fr. 91. §. 3. *de V. O.* s. Hasse S. 65 ff. 69. II. Die möglichen Aeusserungen der Handlungen in *facere* und *non facere* sind schon vorher berührt worden; seinen eigentlichen Wirkungskreis findet das zweite nur in der Vernachlässigung obligatorischer Leistungen, s. folg. §. Nr. II.—III. Der Begriff *culpa* umfasst, wie auch schon weiter oben bemerkt wurde, den des *dolus*, Absichtlichkeit, und zwar auch in Obligationsverhältnissen (s. auch schon Nr. 2) z. A.). Das ist allgemein anerkannt und nirgends bezweifelt; vergl. Hasse S. 65. Im Gegensatz zu diesem steht, wie schon obgedacht, die *culpa* im engeren Sinn, welche sich als Unabsichtlichkeit manifestirt, s. Anm. [10] und [13]. IV. Für den Inhalt des gegenwärtigen §. kommt vorzugsweise der *dolus* in Betracht, indem dieser bei den meisten Obl. aus verbotenen Handlungen erfordert wird; nur für die aus dem *damnum injuria datum*, welcher unter das aquilische Gesetz tritt, und die wenigen Fälle, in welchen ausserdem auch für nicht *dolose*, sondern unabsichtlich gestifteten Schaden eingestanden werden muss, reicht schon die *culpa* im engeren Sinn aus; für die dem folgenden §. angehörigen obligatorischen Rechtswidrigkeiten natürlich ebenfalls, indem ein obligat. Verhältniss rücksichtlich der schuldigen Leistungen gerade das Gegentheil der *culpa* im e. S. erfordert, d. h. die *diligentia*, so dass deren *omissio* eine Verschuldung ist. V. Ein besonderer Grad der Culpa im engeren Sinn kommt für die Fälle des widerrechtlichen Schadens (den aquilischen und die diesem darin analog zu beurtheilenden gedachten wenigen Fälle,) als erforderlich nirgends in Betracht, es reicht der geringste aus, sobald die Ursache nur nicht für *casus* zu erachten ist. Dagegen steht die Culpa im e. S. hier auch dem *dolus* darin gleich, dass die Haftungspflicht sich niemals blos auf diesen, sondern immer auch auf jene erstreckt. Ganz anders verhält es sich in beiden Beziehungen mit der sog. nichtaquilischen Culpa. Der Schuldner nämlich steht nicht nur in Bezug auf den Inhalt der schuldigen Leistung, soweit die Umstände dazu die Möglichkeit gestatten, und die Veranlassung herbeiführen, für jede Handlung ein, die ihn auch ausserhalb des Schuldverhältnisses verantwortlich machen würde, so dass er also auf zwiefache Weise (*ex L. Aq.* und *ex obl.*) haftet, s. §. 101. bei und in Anm. [36] ff., ferner aus *culpa* im weiteren Sinn durch schädliche positive Thätigkeit, s. ebendas. bei Anm. [39], sondern auch durch die hier äusserst wichtige *omissio diligentiae*, s. das. bei Anm. [40], die hierbei sowohl als *dolus*, wie als *culpa* im e. S. erscheinen kann, und als letztere, korrespondirend der Diligenz, Grade erhält. Dabei kann es die Verschiedenheit einzelner Obl.-Arten mit sich bringen, dass der Schuldner entweder nur bis zum geringsten dieser Grade hafte (*dolus*), oder bis zum höchsten, *diligentia diligentis patrisfamil.* VI. Was die sprachliche Bedeutung von *culpa* betrifft, so bezeichnet es in Bezug auf aquilische Culpa ein jedes Versehen ohne Abstufung, in Bezug auf Obl.-Verhältnisse aber einmal ebenfalls dieselbe, soweit davon die Rede sein kann, und sodann das Korrelat der zu prästirenden *diligentia*. Hier ist der Sprachgebrauch sehr mannigfaltig, vergl. *Elvers de Culpa*, p. 16 sqq. und Göschen Vorl. §. 388. 389. z. A. 390. Wenn dabei die *culpa* neben *diligentia* genannt wird, so wird damit nicht eine *species* von der anderen, sondern die letztere von der ersteren als *species* vom *genus*, welches *dilig. diligentis patrisfamil.* und *quam suis* umfasst, unterschieden, resp. die gemeinte *species*, namentlich auch durch *non facere*, näher

ziehung der Handlung auf eine rechtswidrige Willensbestimmung [9] des Handelnden als Veranlassung derselben. Jener Zusammenhang ist von thatsächlicher Natur und aus den Umständen zu entnehmen. Diese Beziehung aber kann eine zwiefache sein, eine unmittelbare, d. i. Absichtlichkeit, *dolus*, die Handlung zu verüben [10], wobei die Beweggründe gleichgültig sind, und eine mittelbare, d. i. Nachlässigkeit, *culpa* (im engeren Sinn), bei irgend welchen Handlungen, wodurch die Thatsache der Rechtsverletzung herbeigeführt, und von einem blossen Ereigniss zu einer Handlung wird, mag der Handelnde, die Möglichkeit kennend, es darauf ankommen lassen, dass der rechtswidrige Erfolg eintreten werde, oder er sich darüber in Unwissenheit befunden haben [11]. Für die Möglichkeit einer solchen Beziehung auf die Person des Handelnden kommt hier zuvörderst das, was §. 17. B. a. über die Handlungsfähigkeit enthalten ist, in Betracht [12]. Diese nun vorausgesetzt, erfordern viele unerlaubte Handlungen, um eine Obligation zu begründen, nothwendig die Absicht dazu, also Dolus, indem der Begriff des Delikts durch sie ohnedies nicht denkbar ist, z. B. alle die, in welchen eine Rechtsverletzung durch gewaltsame oder heimliche Handlungsweise herbeigeführt wird. Bei anderen hingegen reicht zu diesem Zweck die Nachlässigkeit hin, und zwar in der Regel alle und jede, ohne Rücksicht auf eine besondere Grösse und Stärke, bis an die Grenze, wo die Thatsache eines eingetretenen Schadens als Zufall erscheint, also soweit, als vernünftiger Weise nach der Erfahrung über den Zusammenhang zwischen Ursache und Wirkung Jemand für die letztere als solche verantwortlich gemacht werden kann [13]. Die un-

bestimmt. Vergl. Hasse §. 54. 55. 56. S. noch Anm. [10]. *Culpa*, *diligentia* und *custodia* schlechthin bedeuten in der Regel den höchsten zu prästirenden Grad; Ausnahmen davon müssen durch die Umstände mittelbar, oder durch Beisätze unmittelbar angedeutet sein.

[9] Unfreiheit des Willens, wenn völlige Unterwerfung des letzteren Statt findet, schliesst daher die Zurechnung auch aus, fr. 169. pr. *de R. J.*, vergl. Anm. [6].

[10] Vgl. vor. Anm. unter 2) z. A. Hier kommt die in §. 22. Anm. [9] Nr. 1) enthaltene Bedeutung zur Anwendung. Das Charakteristische des *dolus* für das *damnum injuria datum* im Besonderen (dessen hier aus demselben Grunde wie in Anm. [13] der *culpa* dabei noch zu gedenken ist), ist das moralisch Verwerfliche und Schlechte der Gesinnung, welche zum Motiv der Handlung wird, das *nocere velle* (fr. 5. §. 1. in f. *ad Leg. Aquil.*), vergl. *Elvers l. l.* p. 7 sqq. Dieser Wille nun ist mit dem wissentlichen Schaden vorhanden, indem derjenige, wer eine Handlung begeht, deren Folgen er kennt, diese will. Vergl. Seuffert Erört. Bd. I. S. 98 f. Löhr a. a. O. S. 478 f. und die bei diesem gesammelten Stellen. Wenn in einigen Stellen, fr. 7. §. 7. *de Dolo*, fr. 7. pr. *Depositi*, fr. 8. §. 10. *Mandati*, fr. 14. §. 2. *de Custodia reor.* bei an sich sittlich guten Motiven der Begriff des *dolus* ausgeschlossen wird, so ist das nur von rechtshistorischer Bedeutung, s. Hasse §. 17. sowie §. 18. und §. 20. z. A. (wegen fr. 29. pr. *Mandati*) gegen die ältere Löhr'sche Ansicht, dass *dolus* immer *animus lucri faciendi* erfordere. Zu bemerken ist noch: 1) dass der Ausdruck *culpa lata* (s. folg. §. Anm. [44]) in Bezug auf aquilische Schuld nicht vorkommt, indem es dessen als einer besonderen Bezeichnung für ein eigentlich doch böswilliges Handeln darum nicht bedarf, weil der Schadensstifter für jede *culpa* ohne Ausnahme, d. h. für jede schädliche Thätigkeit bis zum *casus* haftet. Dass die *culpa* hier aber keine *lata* sein könne, scheint nicht bestritten werden zu können, s. Hasse §. 19.— 2) Wenn von *dolus* und *culpa* nebeneinander die Rede ist, so ist unter letzterer nie *lata*, sondern immer *levis* zu verstehen, die *lata* ist unter dem *dolus* mitbegriffen; ders. §. 43.

[11] S. Anm. [13].

[12] Fr. 60. *de R. V.* fr. 61. in f. *de Administr. et per. tut.* Vgl. noch §. 102. Anm. [129] z. A. Ueber die Unzulässigkeit des zuweilen behaupteten Anspruchs wegen eines von Wahnsinnigen angerichteten Schadens s. Glück Komm. Bd. X. S. 294 ff. Hänel a. a. O. §. 10. und Vangerow a. a. O. §. 39 ff. vergl. fr. 61. in f. *de Administr. tut.*

[13] Die *culpa* im e. S. findet ihre Hauptanwendung in der Lehre vom *damnum injuria datum ex L. Aquilia* und in der von Nichterfüllung der

ter anderer Voraussetzung sehr wichtigen Grade der Nachlässigkeit, nämlich für das Benehmen der in einem Obligationsverhältniss stehenden Personen in Bezug auf die Verbindlichkeiten aus diesem, sind daher hier ohne Bedeutung und gehören in einen anderen Zusammenhang (s. folg. §. Nr. II.).

Für den Begriff der Zurechnung kommt auch noch der Umstand in Betracht, dass es nicht erforderlich ist, dass die unerlaubte Handlung von dem, der sie will, in Person ausgeübt sei, sondern er kann sich dazu auch eines Anderen als Werkzeug bedienen, s. §. 102. I. B. 1. 1). Dieser letztere wird aber dadurch nicht weniger verbindlich [14]. Endlich darf der Beschädigte nicht selbst sich durch Unvorsichtigkeit, Nachlässigkeit, oder Kenntniss der bedrohlichen Umstände in Schuld befunden haben, um einen Anderen deshalb mit Erfolg auf Schadensersatz in Anspruch nehmen zu können [15].

Gegenseitig begangene unerlaubte Handlungen in derselben Richtung und auf denselben Gegenstand heben einander in sofern auf, als Jedem, wer daraus Anspruch erhebt, seine eigene Handlungsweise entgegengesetzt werden kann [16].

Hingesehen auf die Verschiedenheit der Handlungen, je nachdem sie in einem positiven Thun oder in einem Unterlassen bestehen (§. 17. z. A.), sind hier in der Regel nur solche der ersteren Art zu verstehen (*culpa in faciendo*), indem keine allgemeine Obligation zu einer Thätigkeit für Andere, um Schaden von ihnen abzuwenden, besteht [17], sondern eine solche nur die Folge einer anderweit bestehenden Obligation sein und zu deren Inhalt gehören kann (s. folg. §.). Nur dann, wenn Unthätigkeit im Verein mit einer Thätigkeit oder in Folge derselben einen Schaden vollends herbeiführt oder vergrössert hat, begründet jene so gut wie diese die Obligation [18].

Das Zusammentreffen einer öffentlichen Strafe für eine unerlaubte Handlung, wodurch eine Vermögensverletzung entstanden ist, thut der Obligation auf Ersatz

Obligationen, s. folg. §. Nr. II., ausser dem ersteren aber auch noch in den Anm. [8] wiederholt erwähnten wenigen anderen Fällen der Verpflichtung aus blos kulposer Beschädigung. Von ihrer näheren Bestimmung bei den Oblig. s. den cit. §. Hier ist die aquilische im engeren Sinn darum näher zu bestimmen, weil sie auch auf die zuletzt erwähnten Fälle Anwendung leidet, und dadurch einen allgemeinen Charakter erhält. Diese *culpa* nun umfasst das ganze Gebiet der Vorsicht und Bedächtigkeit bis zum *casus*, so dass auch sog. *levissima culpa* verantwortlich macht, fr. 5. §. 1. fr. 44. pr. *h. t.* §. 3. *I. eod.* und sie ist überall auch zu verstehen, wo nicht aus einem Beisatz oder den Umständen die *lata* verstanden werden muss. Vergl. über das Gebiet der *culpa* bes. §. 3. *I. Quibus modis re*, §. 9. *I. de Societate*, §. 4—8. *I. de Lege Aquil.* fr. 6. 7. §. 8. fr. 8. 9. §. 4. fr. 10. 11. pr. 31. *ad Leg. Aquil.* fr. 9. §. 5. *Locati*, fr. 24. §. 5. *Soluto matrim.* fr. 4. §. 4. *de Suspectis tutor.* fr. 36. 132. *de R. J.* Allerdings aber wird nur gewöhnliche Aufmerksamkeit und Vorsicht eines verständigen Menschen verlangt, so dass man dafür, was besonderes Talent, ungewöhnliche Anstrengung und Anwendung ausserordentlicher Mittel zu leisten und zu vermeiden vermocht haben würden, nicht verantwortlich wird, fr. 31. *ad Leg. Aquil.* und Beispiele zur Erläuterung in fr. 52. §. 4. und §. 8. *I. eod.* fr. 1. §. 5. *Si quadrupes;* vergl. Hasse §. 15. — Ueber den Beweis der aquilischen Culpa s. §. 101. Anm. [67] I.

[14] Fr. 7. §. 5. *de Jurisdict.* fr. 11. §. 3. *de Injur.* fr. 1. §. 13. *de Vi.* Vergl. noch §. 102. Anm. [129] z. A.

[15] Fr. 9. §. 4. fr. 31. 52. §. 1. *ad Leg. Aquil.* fr. 26. §. 7. *Mandati*, fr. 203. *de R. J.*; nur darf nicht von der anderen Seite Absichtlichkeit vorgewaltet haben, alsdann bleibt der Thäter demungeachtet verhaftet, s. d. beiden ersten Stellen.

[16] Fr. 154. pr. *de R. J.* fr. 4. §. 13. *de Doli exc.*, eine Kompensation im rechtlichen Sinn ist darin nicht vorhanden, s. Glück Komm. Bd. XV. S. 68., der jedoch diesen Ausdruck braucht, und Hasse im Archiv Bd. VII. S. 175. [28] dort auch über fr. 39. *Soluto matr.* Vergl. folg. §. Anm. [64] ff.

[17] Löhr Beitr. S. 10.

[18] Fr. 8. pr. 27. §. 9. *ad Leg. Aquil.*

oder Erstattung keinen Eintrag; nur soweit diese eine wirkliche Busse enthält, und die Handlung zugleich kriminell ist, kann der Verletzte entweder nur die erstere fordern, oder die öffentliche Bestrafung durch Denunciation beantragen [19]. Dagegen ist es möglich, dass durch eine einzige unerlaubte Handlung mehrere Delikte begangen werden, und zwar auch von mehreren Thätern gegen eine Person, oder von einem gegen mehrere, und dann kann jedes, beziehungsweise wider die mehreren oder von den mehreren Personen, rechtlich verfolgt werden, und so die öffentliche neben der Privatstrafe eintreten, wenn aber der Schadensersatz und nicht eine Busse dabei in Frage kommt, dieser immer, soweit er einen und denselben Gegenstand des Ersatzes betrifft, nur einmal gefordert werden [20].

[19] Der erste der obigen beiden Sätze ist als ein ganz allgemeiner anerkannt in c. un. *Quando civilis*, s. auch schon fr. 7. §. 1. *de Furtis*, *v. ex quibus caussis etc.* Er versteht sich darum von selbst, weil der Ersatz des durch ein Delikt angerichteten Schadens durch die öffentliche Strafe nicht absorbirt werden kann, s. fr. 56. §. 1. *eod.* fr. 23. §. 9. *ad Leg. Aquil.* fr. 14. §. 1. *de Praescr. verb.* u. a. m. Der zweite Satz folgt aus fr. 9. §. 5. *de Publican.* fr. 3. *de Privatis del.* fr. 56. §. 1. und fr. ult. *de Furtis* fr. 2. §. 1. *Vi bonor.* fr. 6. 7. §. 1. *de Injur.*, wonach der Verletzte zwischen dem *criminaliter agere* oder *in crimen subscribere* und der Strafklage die Wahl hatte. Im R. R. fand derselbe von dem nach Anm. 1 jetzt verlassenen Gesichtspunkt aus eine ungleich weitere Ausdehnung, er war ein allgemeiner. Gegenwärtig ist die Möglichkeit seiner Anwendung auf die wenigen Fälle beschränkt, in denen noch wirkliche Strafklagen praktisch sind, s. Anm. 1, m. a. W. nur auf solche Injurien, welche zugleich von krimineller Natur sind, also etwa schwere Realinjurien mit Körperverletzung und Pasquille; in diesen Fällen hat der Verletzte die im Text gedachte Wahl. Vgl. Brackenhöft Ident. d. R. Verh. S. 347 f. Dagegen sehe ich keinen Grund, demselben z. B. die ästimatorische Injurienklage zu versagen, wenn der Fall von der Art ist, dass der Richter von Amtswegen Untersuchung eröffnet; es könnte sogar dieses erst in Folge der ersteren und ihrer Durchführung geschehen. Vergl. auch Gensler im Archiv Bd. I. S. 150. [11]. Doch scheint dieser geneigt, die Frage, ob die blosse Denunciation die Privatklage ausschliesse, zu verneinen. Indessen haben wir im praktischen gem. deutschen Kriminalprozess keine *accusatio* mehr, und jene führt zu demselben Zweck. Keinen Anstand endlich wird es finden, dass, wenn es im Krim.-Verfahren zu keiner Verurtheilung kommt, der Verletzte nun noch zur Privatklage greifen könne.

[20] Beispiele der Begehung mehrerer Delikte durch Eine Handlung, s. in fr. 5. §. 1. *ad Leg. Aquil.* fr. 15. §. 46. *de Injur.* und vielen anderen Stellen, s. diess. gesammelt bei Brackenhöft a. a. O. S. 334 ff. In Folge dessen entstand unter den römischen Juristen darüber Streit, ob und wieweit durch die Konkurrenz der mehreren Pönalklagen eine die andere ausschliesse (fr. 60. *de O. et A.* fr. 130. *de R. J.*, fr. 34. pr., und 53. pr. *de O. et A.*), der nach fr. 32. *de O. et A.* c. 20. *de Furtis* verneinend entschieden worden ist, s. Savigny System Bd. V. S. 237 ff. und Puchta §. 161. c). Indessen ist unter den Neueren über die Auslegung und Vereinigung der betreffenden Stellen wiederum eine grosse Meinungsverschiedenheit entstanden, s. die Lit. bei Vangerow a. a. O. S. 55 f., welcher ganz leugnet, dass die hierüber verhandelten Kontroversen der röm. Juristen in selbstständigen Stellen in das Corp. Jur. übergegangen seien, und nach Ausscheidung einiger Stellen die übrigen durch die Unterscheidung zweier Fälle zu vereinigen sucht, nämlich je nachdem eine unerlaubte Handlung, aus welcher mehrere Rechtsverletzungen hervorgehen, so beschaffen ist, dass sie juristisch zerlegt werden muss, so dass jede von jenen gewissermaassen aus einem Stück der Handlung hervorgeht, — dann bestehen die Pönalklagen alle nebeneinander, oder so, dass jede Klage die Totalität der Handlung zur Voraussetzung hat, dann finde nur eine Statt. S. auch noch Brackenhöft a. a. O. Dieser Streit hat gegenwärtig eine ganz untergeordnete Bedeutung, da für die Pönalklagen bis auf wenige nur der Begriff der Entschädigung übrig geblieben ist; denn ich weiss augenblicklich kein praktisches Beispiel der Konkurrenz ausser der *aestimatoria injur. a.* mit der Klage wegen Schmerzensgeld (vergl. §. 29. bei und in Anm. 25). Da nun in diesem Fall die zuletzt berichtete Ansicht mit der ersten über die Konkurrenz beider Klagen zu-

Die Haftung aus unerlaubten Handlungen Anderer findet in einem anderen Zusammenhang ihren Platz, s. §. 102. I. B. und vergl. §. 95. Anm. [1]. (die Quasidelikte).

C. Die dritte Abtheilung der Entstehungsgründe von Obligationen (s. §. 95. Anm. [1].), welche gewisse Zustände umfasst, in denen zwei Personen zu einander stehen, ohne dass diese durch Vertrag oder verbotene Handlungen herbeigeführt worden, also einfach in Folge besonderer Umstände, die der Zufall mit sich bringt, bieten weiter keinen allgemeinen Gesichtspunkt dar, als dass in ihnen, wenn auch nicht ausschliesslich, Handlungsunfähige immer Forderungen erwerben und verpflichtet werden können [21].

§. 101.
Modifikationen des Inhalts der Obligationen.

Veränderungen des Inhalts der Obligationen sind auf mehrfache Weise möglich, ohne dass ihrem Wesen und ihrer Individualität dadurch zu nahe getreten und die letztere aufgehoben wird. Zwar sind auch solche Veränderungen derselben möglich, wodurch eine bestehende Obligation ganz aufgehoben und eine andere ähnlichen oder gleichen Inhalts an deren Stelle gesetzt wird, also eine Umwandlung, sei es durch Novation oder entgegengesetzte Uebereinkunft (*contrarius consensus*), geschieht, ingleichen eine Veränderung der Personen, welche darin stehen; in den ersteren aber tritt der Charakter der Aufhebung überwiegend hervor, weshalb sie dem folgenden Kapitel zu überweisen sind; in den letzteren hingegen ist das zwar nicht der Fall, indessen sind sie ohne Einfluss auf den Inhalt der Obligationen und daher dem folgenden Paragraphen zu überweisen. Veränderungen des Inhalts nun müssen immer eine Erweiterung oder Beschränkung desselben enthalten. Allerdings ist eine solche auch in sofern möglich, dass an die Stelle des eigentlichen Gegenstands der Leistung das Interesse tritt (s. §. 86. z. A. und §. 90. z. A. S. 149.), das ist aber nur ein Ersatz des ersteren und eine nothwendige Folge der Nichterfüllung, um den sonst dadurch drohenden Schaden abzuwenden, und bei sich wider-

sammentrifft, so kann die Kontroverse übrigens auf sich beruhen. Für die nur eine Entschädigung bezweckenden, also alle übrigen ehemaligen Pönalklagen tritt im Fall der Konkurrenz mehrerer die Regel von dieser ein, dass dasselbe Objekt nur einmal gefordert werden kann, s. §. 30. III. B. z. A. u. 1. Dagegen versteht sich wiederum von selbst, dass, wenn jetzt zwei ehemalige römische Pönalklagen konkurriren, von denen die eine nur auf Entschädigung gerichtet ist, die andere auf Busse, — welche letztere immer nur als die Injurienklage zu denken ist, oder die auf Schmerzensgeld, — also z. B. Mishandlung mit Beschädigung der Kleider, beide als auf verschiedene Zwecke gerichtet neben einander fortbestehen; s. fr. 15. §. 46. *de Injur.* Nicht minder, dass, wenn eine reine Pönalklage — also die gedachten beide, oder eine, — wider mehrere Personen als Injurianten zuständig ist, oder mehreren als gleichzeitig Verletzten, dieselbe wider jeden und von jedem selbstständig geltend gemacht werden kann, gleichergestalt, wie wenn mehreren Schaden durch ein Delikt zugefügt worden; wenn Einem von mehreren, so haften diese solidarisch. Eine Kombination der zuletzt gedachten Fälle regelt sich hiernach von selbst. Wenn endlich mehrere Delikte konkurriren, deren jedes einen Anspruch auf Schadensersatz begründet, so kann dieser so vielmal in Anspruch genommen werden, fr. 2. pr. §. 1. 2. *de Privat. del.*, doch hat die Verwandlung der Pönalnatur der Klagen in die einer Entschädigung hier Veränderungen zur Folge, wonach z. B. die Fälle dieser §§. 1. und 2. unpraktisch sind; wer ein Thier stiehlt und dann todtschlägt, haftet nur einfach auf Ersatz. Wer dagegen z. B. ein Pferd tödtet und Sattel und Zeug oder den Wagen beschädigt, der haftet natürlich für den gesammten Schaden.

[21] Fr. 46. *de O. et A.*

setzender Willkühr der Obligation überhaupt rechtlichen Nachdruck geben zu können. Ausserdem wäre eine Veränderung im Gegenstand nur durch Uebereinkunft möglich, und diese würde wieder unter den Begriff der Novation treten. Solche, wie die gedachten, hier allein gemeinten Modifikationen nun sind zum Theil durch Uebereinkunft möglich, s. Nr. I.; zum anderen Theil sind sie vom Recht festgesetzte Folgen der Nichterfüllung und sonstigen obligationswidrigen Benehmens der betheiligten Personen, — von diesen haben manche schon in anderem Zusammenhang ihren Platz gefunden, so namentlich die der blossen Nichterfüllung und des Verzugs, soweit sie das absolute Interesse der Leistung an sich, besonders auch in Rücksicht auf Zeit und Ort derselben, übersteigen; hier ist davon die Lehre von der Culpa in Obligationsverhältnissen übrig, Nr. II.; — ferner sind sie zum Theil eine Strafe für unrechtliches Ableugnen und Verweigern von Forderungen, Nr. III.; endlich können sie auch eine Folge zufälliger Umstände und der für diese berechneten Rechtssätze sein, Nr. IV.

I. Durch Vertrag kann eine Erweiterung oder Beschränkung des Inhalts bereits bestehender Obligationen nach den allgemeinen Grundsätzen von den Verträgen in der mannigfaltigsten Weise geschehen [1]. Beabredungen der Art sind Zusatz- oder Nebenverträge (*pacta adjecta*), sie stehen in nothwendigem und unmittelbarem Bezug und Zusammenhang mit der ursprünglichen Obligation, und können sich über das ganze Gebiet möglicher Veränderungen des Inhalts derselben bis zur Umwandlung erstrecken. Möglich ist auch, dass sie in eine solche ganz oder theilweise übergreifen, oder dass Zweifel entsteht, ob das nicht in der That geschehen sei, das würde dann natürlich nur für die nähere Bestimmung ihres rechtlichen Charakters von Interesse sein, ohne ihrer Gültigkeit Abbruch zu thun, indem Umwandlungen nur durch Uebereinkunft geschehen können. Es kann also dann ein mehrfach und wiederholt geändertes und gemischtes Obligationsverhältniss bestehen, und da für dasselbe immer die neuesten Uebereinkommen entscheidend sind, eine allmälige völlige Umgestaltung des ursprünglichen eintreten. Im Besonderen ist, um das noch ausdrücklich hervorzuheben, eine Vertauschung der Leistungen, Hinzufügung von Bedingungen und Zahlungsterminen und Aufhebung solcher, und aller sonstigen Modalitäten der Leistung rechtlich möglich (s. §. 97. I. z. A.).

Eine weitere Erörterung erfordern drei Arten hierher gehöriger und besonders ausgebildeter Verträge, welche namentlich auch als Nebenverträge von vornherein die absolute Wirksamkeit eines Hauptvertrags wesentlich berühren können, und das mit einander gemein haben, dass sie eine bedingte Wiederaufhebung eines übrigens vollständig abgeschlossenen Vertrags bezwecken. Diese sind:

1) der Reuvertrag (pactum displicentiae), das ist der Nebenvertrag, wonach sich einer oder beide Kontrahenten vorbehalten, von einem Hauptvertrag beliebig zurückzutreten; er ist also von resolvirender Natur [2]. Die Frist dazu ist, wenn sie

[1] Fr. 7. §. 5. *de Pactis.* fr. 72. *de Contr. emt.* Was diese Stellen verneinen, steht im Zusammenhang mit der römischen Lehre von den *pactis* im Gegensatz zu den *contractus*, und ist gegenwärtig durch die volle Wirksamkeit aller Verträge gerade umgekehrt zu verstehen.

[2] Fr. 3. *de Contr. emt.* fr. 2. §. 5. *Pro emt.* c. 4. *de Aed. act.* der hierbei gangbare römische Ausdruck ist: *si displicuerit* (*intra cert. temp.*). Möglich ist es übrigens auch, dass der Vorbehalt *si placuerit* geschieht, dann ist aber eine Suspensivbedingung vorhanden, s. §. 4. I. *de Emtione*, in Betreff deren es dann auch einer ausdrücklichen Erklärung bedarf, vergl. Glück Komm. Bd. XVI. S. 225. und die dort Gen. Was von beiden gemeint sei, ist aus den Umständen und besonders der Ausdrucksweise der Beabredung zu entnehmen. Der im Deutschen übliche Ausdruck: Vorbehalt des Rücktritts, ist von einem *si displicuerit* zu verstehen. Da-

nicht, wie gewöhnlich, ausdrücklich festgesetzt, oder ausdrücklich eine solche ausgeschlossen worden, auf sechzig Tage beschränkt[3]. Dass der Hauptvertrag bis dahin nicht schon erfüllt werde, setzt dieser Nebenvertrag nicht voraus, obwohl die Leistungen häufiger bis dahin ausgesetzt zu werden pflegen, wo sich entschieden haben wird, ob von der Reubefugniss Gebrauch gemacht werden wird, oder nicht; daher müssen denn eintretenden Falls die ein- oder gegenseitig schon geschehenen Leistungen zurückgewährt werden[4]. In sofern ist auch das einstweilige Verhältniss, wenn es nicht bestehen bleibt, nicht völlig wirkungslos, sondern es treten hier dieselben Erscheinungen, wie bei Resolutivbedingungen ein, (s. §. 97. I. 1, 5.), indem die Erklärung des Rücktritts wie der Eintritt einer solchen wirkt; und in Verbindung mit solchen Verträgen, welche zu ihrer Perfektion ausser dem Einverständniss der Paciscenten noch die Hingabe einer Sache an den Schuldner erfordern, z. B.

gegen ist ein Handel oder ein Geschäft mit Uebergabe der betreffenden Sache zum Probiren ein suspensivbedingter von der gedachten Art. Ausser diesen beiden Fällen nimmt Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 223. einen dritten von der Art an, wenn gar keine Bedingung, sondern nur eine Verbindlichmachung zur Rückgabe beabsichtigt ist, und hält dafür, dass fr. 6. *de Rescind. vend.* einen solchen Fall enthalte; allein in dieser Stelle finde ich ein einfaches *pact. displicentiae*, und weiss überhaupt eine solche wie die von Unterholzner bezeichnete Nebenverabredung nicht rechtlich zu charakterisiren. — Im R. R. kommt m. W. der Reuvertrag nur in Verbindung mit dem Kaufkontrakt vor, indessen kann er ebensowohl mit anderen verknüpft werden. Manche Pandektisten tragen ihn auch nur mit jener Beziehung vor, ohne dass ersichtlich ist, ob sie das letztere leugnen; andere sprechen sich ausdrücklich bejahend aus, z. B. Puchta §. 263. Göschen §. 576., auch kann dies gar keinem Zweifel unterliegen, indem der Gültigkeit eines solchen Vertrags auch dann nichts entgegenstände, wenn er selbst nicht beim Kauf, also ganz und gar nicht in den Quellen erwähnt würde. Nur das kann beanstandet werden, ob die gelegentlich seiner Verbindung mit dem Kauf erwähnte gesetzliche Frist von 60 Tagen (s. folg. Anm.) analog, oder unter der Auffassung einer allgemeinen Ausdehnung derartiger Verträge auch auf andere zu beziehen sei? Es scheint mir weder dem Einen noch dem Anderen etwas entgegengesetzt werden zu können. — Zuweilen wird behauptet, dass der Reuvertrag nur ein reinpersönliches Recht gewähre, s. Glück a. m. O. S. 229., richtiger möchte das von den Umständen abhängig zu machen sein.

[3] Fr. 31. §. 22. *de Aedil. Ed.* (s. vor. Anm. und gegen eine irrige Ansicht über die Dauer der Klage s. noch Glück a. a. O. S. 228[39]). Dieselbe Stelle beweist auch die Möglichkeit einer *in perpetuum* beliebten *redhibitio;* für die Verjährung der Klage gelten im Ganzen die allgemeinen Grundsätze, und wenn die Ausübung des Reurechts mit Ausschluss der gesetzlichen Frist bestimmt, dieses also *in perpetuum* vorbehalten worden, die vom Wiederkauf mit unbeschränkter Frist, s. Bd. I. §. 31. Anm.[27] u. unten §. 116. Anm.[233]. Bei einer Kombination von Nebenbestimmungen dahin, dass das Reurecht nach Ablauf einer gewissen Frist, m. a. W. von einem *terminus a quo*, solle ausgeübt werden können, würde zuvörderst wieder die gesetzliche Frist von 60 Tagen Platz ergreifen, welche dann wieder durch Uebereinkunft, wie obgedacht, ausgeschlossen werden kann, so dass mithin die Bestimmung des §. 31. bei Anm.[60] hier nicht zur Anwendung kommt. — Uebrigens wird nach fr. 31. §. 23. *eod. ex justa caussa* auch eine Erweiterung der Frist angenommen.

[4] Fr. 31. §. 22. *d.* fr. 6. *de Resc. vend.* über die Klagen nach R. R. s. Glück a. a. O. S. 226. und die dort. Gen. Es kann also namentlich auch auf Zurücknahme einer Sache und Herausgabe der Gegenleistung geklagt werden. Ueber die damit zusammenhängenden Fragen wegen Kosten, Früchte, Gefahr u. s. w. s. §. 39. Anm.[14]. Ob dazu die *in rem a.* angestellt werden könne, das hängt von den §. 39. Anm.[7] berührten Voraussetzungen ab. Ausdrücke, wie: der Vertrag soll als nicht abgeschlossen gelten, und ähnliche würden unbedenklich eine solche begründen; vergl. z. B. fr. 11. §. 13. *Quod vi* u. c. 4. *de Aedil. act.* — Zuweilen wird behauptet, dass derjenige das Reurecht nicht ausüben könne, wer, z. B. bei geschehenem Tausch, das Empfangene nicht unversehrt zurückgeben könne; das ist aber ohne Einfluss, nur muss natürlich das Interesse geleistet werden.

dem Darlehn, (s. §. 96. I. 3.) kann sogar der Reuvertrag das wirkliche Existentwerden eines solchen nicht hindern, sondern er begründet dann nur die willkührliche Rückforderung, indem er für diese einen eventuellen Termin festsetzt[5]. Die Ausübung der vorbehaltenen Befugniss muss durch ausdrückliche Erklärung innerhalb der bestimmten Frist geschehen; ist diese verstrichen, so ist es, wie wenn eine Resolutivbedingung ausgeblieben wäre. — Der Reuvertrag kann auch unter Bevorwortung eines von dem Zurücktretenden zu erlegenden oder innezulassenden Reugelds geschlossen werden (s. §. 99. II. a. E.).

2) Der Vorbehalt des Rücktritts von einem Vertrag im Fall besserer Bedingungen (*in diem addictio*), d. h. wenn sich binnen einer bestimmten Frist eine andere Person finden sollte, mit welcher der Vertrag unter vortheilhafteren Umständen abgeschlossen werden kann, und der frühere Kontrahent dann nicht in dieselben eintreten will[6]. Dieser Nebenvertrag kann sowohl zum Vortheil eines, wie auch je nach Umständen zu dem beider Kontrahenten eingegangen werden; alsdann kann nicht nur der, welchem die vortheilhafteren Anerbietungen gemacht sind, diese annehmen, was im ersteren Fall von seinem Belieben abhängt, sondern auch der andere Mitkontrahent zurücktreten, mag jener nun mit dem aufgetretenen Dritten abschliessen oder nicht[7]. Bei manchen Verträgen ist er, wie keiner weiteren Erwähnung bedarf, seiner Natur und seinem Zweck nach gar nicht anwendbar. Der Begriff besserer Bedingungen hängt nicht nothwendig von der Grösse der Summe ab, um welche der Kontrahent, der einen Vorbehalt der Art für sich hat, einen gleichen Vertrag mit einem Dritten abschliessen kann, z. B. von einem höheren Gebot beim Kauf- und Pachtkontrakt, oder einem niedrigeren, oder beziehungsweise höheren Zinsfuss für ein gesuchtes oder versprochenes Darlehn, sondern es können dabei Umstände der mannigfaltigsten Art in Betracht kommen, z. B. sofortige anstatt kreditirter Zahlung, auch bei einem geringeren Kaufpreis, Vorausbezahlung beim Pacht, Hypothek beim Darlehn, das Versprechen, das Kapital eine bestimmte Zeit über nicht zu kündigen, u. dergl. mehr[8]. Sind der Kontrahenten auf einer oder beiden Seiten mehrere, so kann einer von diesen selbst bessere Bedingungen anbieten[9]. Sind es Mehrere, die den Vorbehalt für sich haben, und es findet sich ein

5 Für Depositum und Kommodat scheint ein Reuvertrag ganz bedeutungslos zu sein, doch ist das Gegentheil bei letzterem, wenn z. B. dem Kommodatar unter Vorbehalt der Reue binnen ganz kurzer Frist der Gebrauch der Sache auf eine bestimmte Zeit zugesagt worden, nicht unmöglich; wollte man für das erstere z. B. sich den Fall denken, dass der, welcher um die Annahme ersucht worden, diese nur unter der Bedingung zusagt, dass, da er in Kurzem eine Reise vorhabe, die Zurückgabe vor seiner Rückkehr nicht erfolgen solle, und der Deponent damit einverstanden, sich nur dieselbe bis zur Abreise vorbehalte, so verstände sich das doch von selbst, und von einem eigentlichen Rücktritt kann nicht die Rede sein, da der Depositar kein Interesse daran hat, die Sache zu haben.

6 *Tit. Dig. de in diem addict.* (künftig hier *h. t.* citirt) fr. 1. 7. 8. *h. t.* Auch dieser Nebenvertrag kommt in den Quellen nur in Anwendung auf den Kauf vor, es gilt daher wieder, was Anm. 2 vom *pact. displic.* gesagt worden ist.

7 Fr. 9. *h. t.* natürlich steht ihm auch in diesem Fall der Eintritt in das bessere Gebot frei.

8 Vergl. fr. 4. §. ult. fr. 5. 15. §. 1. *h. t.* Nicht dahin darf jedoch gerechnet werden, dass, wenn z. B. ein anderer Kauflustiger später ein gleiches Gebot thut, der Verkäufer, wenn er diesem verkauft, die Früchte der Zwischenzeit gewinnen würde, (s. nachher im Text a. E.) fr. 14. §. ult. *h. t.* auch darf der Gegenstand, um den es sich handelt, und für welchen nun andererseits mehr geboten wird, nicht etwa vergrössert oder durch Accessionen u. s. w. vermehrt sein, und das Mehrgebot etwa nur diese nach ihrem wahren Werth aufwiegen. S. noch Anm. 16 a. E.

9 Fr. 13. §. 1. fr. 18. *h. t.*

Dritter, welcher solche bietet, so müssen jene, wenn sich die Obligation nicht ihrer Natur und der Fassung des Vertrags gemäss nach Antheilen für sie als eine Verbindung soviel einzelner Obligationen betrachten lässt, so dass dem einzelnen Theilnehmer die freie Verfügung zu seinem Antheil zusteht, alle sich verständigen, um von dem besseren Angebot Gebrauch machen zu können [10]. Der frühere Kontrahent hat übrigens, wie schon gedacht, dabei das Vorrecht, sich zu denselben gebotenen besseren Bedingungen zu erbieten und so den Vertrag für sich aufrecht zu erhalten [11]; es muss ihm zu dem Ende eine Anzeige desselben geschehen [12]. An einer Frist zur Ausübung dieses Vorbehalts wird es nicht leicht fehlen, doch lässt sich nicht sagen, dass ein solcher ohne Fristbeschränkung wirkungslos sein müsse, sondern es würde in solchem Fall dafür die Verjährungsfrist von dreissig Jahren eintreten [13]. — Ein Nebenvertrag dieser Art kann nun nicht nur, wie der vorige, mit der Wirkung einer auflösenden Bedingung abgeschlossen werden, so dass der Hauptvertrag vorläufig schon besteht, sondern auch mit der einer aufschiebenden [14]; doch ist ersteres im Zweifel anzunehmen [15]. Hiervon hängen denn auch, je nachdem die Bedingung eintritt oder ausbleibt, die weiteren Folgen in Bezug auf bereits übergebene Gegenstände, deren Herausgabe oder Behalten, Früchte, Tragung der Gefahr u. s. w. ab [16], und ebenso rücksichtlich der schon vollzogenen Gegenleistun-

[10] Fr. 11. §. 1. fr. 12. 13. pr. *h. t.* Diese Stellen betreffen den Fall, dass mehrere eine ihnen gehörige Sache nach den ihnen zuständigen Antheilen zu bestimmten Preisen für jeden verkauft haben, im Gegensatz dazu, wenn dieselbe *uno pretio* verkauft worden. Es ist also nicht nur die Natur des Gegenstands, Theilbarkeit nach Antheilen, hierbei entscheidend, sondern diese selbst müssen als solche Gegenstand geworden sein. Die letzte Stelle hebt noch ausdrücklich hervor, wenn unter den Umständen der ersteren Art der andere Kontrahent bevorwortet habe, dass, wenn der Vertrag nicht rücksichtlich des Ganzen (aller Antheile) bestehen bleibe, er auch nicht zum Theil daran gebunden sein wolle, so könne er für den Fall des zulässigen Rücktritts zu dem einen Theil, seinerseits auch zu dem oder den übrigen zurücktreten.

[11] Fr. 7. 8. *h. t.* und zwar braucht der frühere Kontrahent den aufgetretenen Dritten nicht zu überbieten, wie Einige behauptet haben; s. Glück a. a. O. S. 258 ff.

[12] Fr. 8. *h. t.*

[13] Die Frist scheint durch den Ausdruck *in diem addictio* als Erforderniss vorausgesetzt, indessen kommt in fr. 41. *de R. V.* ein Fall ohne ausdrückliche Erwähnung einer solchen vor; daher hat man sich dafür entschieden, ihren Mangel nicht als einen Umstand zu betrachten, wodurch der Vorbehalt wirkungslos werde, sondern dann die Dauer der Klagenverjährung und zwar vom geschehenen bessern Gebot an, als maasgebend anzunehmen, s. Glück a. a. O. S. 257. Doch ist auch nicht zu leugnen, dass, wenn die Kontrahenten irgend einen anderen Zeitraum vor Augen gehabt, und sich ein solcher allenfalls durch richterliches Ermessen feststellen lässt, dieser als entscheidend zu betrachten sein würde.

[14] Fr. 2. pr. *h. t.* und vergl. fr. 4. §. 5. *eod.*

[15] Fr. 2—4. §. 5. fr. 6. *eod.* fr. 2. §. 4. *Pro emt.* vergl. W. Sell bedingte Traditionen. S. 188.[1] und die dort Gen.

[16] S. §. 97. I. 1. 5), c, d, u. §. 39. Anm. [14]; in Uebereinstimmung mit den allgemeinen Grundsätzen von den Bedingungen ist denn auch *post interitum rei* kein Angebot besserer Bedingungen mehr möglich, fr. 2. §. 1. fr. 3. *h. t.* Ob zur Rückforderung die *in rem a.* angestellt werden kann, hängt für den in Form einer Resolutivbedingung abgeschlossenen Vertrag von den Voraussetzungen des §. 39. Anm. [7] ab; ist er nur suspensiv bedingt gewesen, so hat sie immer Statt. Uebrigens ergreift die Klage aus dem Vertrag Platz. — Vorausgesetzt ist natürlich immer, dass wirklich ein besseres Gebot erfolgt sei; fr. 4. §. 5. *h. t.* Behauptet der erste Kontrahent einen Betrug darin als geschehen, so muss er ihn beweisen; ist das Gebot nicht besser, und hat der zweite Kontrahent keinen Antheil am Betrug, so haftet der andere Mitkontrahent beiden, fr. 14. pr. *h. t.* Eine ausgeführte Täuschung der Art, wenn sie als solche später entdeckt wird, hebt den ersten Vertrag natürlich auch nicht auf, sondern der erste Kontrahent kann seine Aufrechterhaltung beanspruchen;

gen[17]. Auch wenn der frühere Kontrahent in die von einem Anderen geschehenen vortheilhafteren Anerbietungen eintritt, ist die Bedingung als aufschiebende gedacht ausgeblieben, und als auflösende gedacht in Erfüllung gegangen, mithin ist die Erklärung jenes Eintritts der Abschluss eines neuen Vertrags, so dass das inzwischen bis dahin bestandene Verhältniss ebenso zu beurtheilen ist, wie in dem entgegengesetzten Fall, d. h. nicht als eine Folge des früheren Vertrags; es wäre denn, dass dieses beabsichtigt gewesen wäre[18].

Uebrigens ist derjenige, welcher den Vorbehalt für sich hat, nicht genöthigt, das erste ihm geschehene bessere Gebot anzunehmen, um überhaupt von jenem Gebrauch machen zu können, sondern er kann auch noch bessere abwarten, so lange ihm die Frist dazu offensteht[19]. Unter einem gleichen Vorbehalt aber mit einem Dritten abschliessen kann er nur, wenn er sich dieses ausdrücklich ausbedungen hat, widrigen Falls wird ein besseres Gebot dann nicht als geschehen betrachtet[20].

3) Der kommissorische Vertrag (*lex commissoria*[21]). Dieser Vertrag hat die Beabredung zum Inhalt, dass, wenn der eine Kontrahent seine Obliegenheiten aus einem Kontrakt nicht zur rechten Zeit erfüllt, der andere berechtigt sein solle, denselben als nicht geschlossen zu betrachten[22]. Die hierin enthaltene Bedingung ist im Zweifel als eine auflösende zu betrachten, so dass ihr Eintritt das bisher bestandene Verhältniss rückwirkend aufhebt; möglich aber ist auch, dass sie als eine aufschiebende beabsichtigt ist[23]. Die Bedingung wird, wenn ein Zeitpunkt der Erfüllung bestimmt worden, ohne an den Verpflichteten vorangegangene Mahnung wirksam; wäre aber ein solcher von vornherein nicht bestimmt worden, so würde der Vertrag darum nicht ungültig, sondern nun nur eine Mahnung des Berechtigten erforderlich, und mit dem Beginn des Verzugs die Bedingung eingetreten sein[24].

fr. 7. §. 9. *de Pactis*, coll. fr. 49. pr. *de A. E.* Ob aber der neue Kontrahent zahlungsfähig sei, ist einerlei, fr. 14. §. 2. *h. t.* und ebenso kann nichts darauf ankommen, dass der zweite Vertrag wieder rückgängig wird, sobald nur das bessere Gebot geschehen und angenommen, und überhaupt kein *dolus* gegen den früheren Kontrahenten dabei vorgefallen war.

[17] S. §. 97. I. 1. 5, a) u. b).

[18] Fr. 6. §. 1. *h. t.*

[19] Vergl. Glück a. a. O. S. 255.

[20] Fr. 11. pr. *h. t.* s. dazu dens. S. 256 f.

[21] *Lex* heisst hier soviel als *pactum*, s. z. B. fr. 2. init. *de Lege commiss.* Erwähnung geschieht dieses Vertrags in den Quellen nur beim Pfandrecht, s. §. 71.[32], wo er eine andere Bedeutung hat, (das Gemeinschaftliche ist der Begriff des *committere*,) als hier, und beim Kauf. Es ist jedoch nicht bezweifelt, dass er bei anderen Verträgen ebenfalls anwendbar sei, soweit es deren Inhalt überhaupt möglich macht, vgl. Glück Komm. Bd. XVI. S. 305 ff. Mühlenbruch §. 404. Wening §. 366. (388.) Puchta §. 263. 3, Wolff Mora S. 76., obwohl Einige, z. B. Göschen Vorles. Bd. II. §. 581. und Unterholzner Schuldverhältn. Bd. II. S. 222. ihn in solcher Verbindung mit dem Kauf vortragen, dass er diesem ausschliesslich angehörig erscheint, während dies schwerlich als beabsichtigt betrachtet werden soll. In der Anwendung auf den Kauf, wo er am häufigsten, und zwar zu Gunsten des Verkäufers wider den Käufer vorkommt, wird dann die ganze Lehre in den Quellen erörtert. Vergl. Glück S. 271 ff. Eine erschöpfende dogmengeschichtl. Darstellung des kommissor. Vertrags hat geliefert Warnkönig im Arch. Bd. 24. u. 25. in mehreren Abtheilungen.

[22] Fr. 1. 4. pr. *h. t.* (*de Lege commiss.*)

[23] Fr. 1. *h. t.* fr. 2. §. 3. *Pro emtore;* über den ganz ungegründeten Zweifel, dass das zweite überhaupt möglich sei, den Wolff weiter zu vertheidigen geneigt ist (a. a. O. S. 79.), s. Glück S. 273 ff., alle aufgeführt werdende Argumente können nur das Regelmässige und Gewöhnliche beweisen, nicht die auschliessliche Eigenschaft dieses Vertrags. Vergl. §. 39. Anm. [7]. — S. noch Anm. [14].

[24] Dass, wenn ein Tag bestimmt worden, keine Mahnung nöthig sei, folgt aus fr. 4. §. 4. *h. t.*, darüber ist keine Meinungsverschiedenheit, denn die, welche *mora* überhaupt erfordern, halten sich hier an die Regel: *dies interpellat etc.* Manche sind zwar der Ansicht,

Nur darf es auch im ersten Fall niemals am Berechtigten gelegen haben, dass die Erfüllung nicht möglich war[25]. Eine theilweise Erfüllung kann den Eintritt der Bedingung nicht abwenden[26]. Ob nun der Berechtigte von der Wirkung des Vertrags Gebrauch machen, oder bei dem Hauptkontrakt demungeachtet beharren und diesen geltend machen wolle, hängt von dessen Willkühr ab[27], es hat jedoch nur eine einmalige Wahl Statt, und sobald sie erklärt worden, ist ein Wechsel in der Ausübung der Befugnisse nicht mehr möglich[28]; auch die Annahme der Erfüllung nach Eintritt der Bedingung für den kommissorischen Vertrag, selbst wenn sie nur theilweise geschehen ist, setzt diesen ausser Wirksamkeit, indem darin ein stillschweigender Verzicht auf dieselbe liegt[29]. Um seine Vorbereitungen hiernach zu treffen, kann der Verpflichtete, wider welchen der Vertrag verfallen ist, den Berechtigten auffordern, sich über seine Wahl zu erklären[30]. Wählt nun der Berechtigte die Ausübung des Vertrags, so wird das Hauptgeschäft dergestalt rückgängig, wie wenn es gar nicht zu Stande gekommen wäre, und zwar mit folgenden näheren Bestimmungen. Ist in Bezug auf die Vollziehung des Geschäfts bisher noch von keiner Seite etwas geschehen, so erfolgt die Auflösung ohne alle Aeusserung und

dass der Gläubiger sich nach Ablauf des Termins erklären müsse, ob er die *lex commiss.* geltend machen wolle, und bis dahin *purgatio morae* statthaft sei; s. aber schon Glück a. a. O. S. 301 ff., welcher dies selbst unter Voraussetzung der *mora* widerlegt. Dagegen ist bestritten, ob, wenn ein *pact. commissor.* ohne Beifügung eines Termins eingegangen worden, Mahnung erforderlich sei, s. Wolff Mora S. 77. 80 ff. der es verneint, indem er dem ganz strengen Princip der Bedingung huldigt. (Derselben Ansicht scheint Puchta §. 263. 1), da er Mahnung schlechthin nicht für erforderlich hält.) Die Hauptgründe sind: dass §. 4. *d.* allgemein rede; allein er ist natürlich in Verbindung mit dem pr. der Stelle zu verstehen; ferner, dass der Gläubiger, wenn er die Erfüllung verlange, auf sein Recht *ex pacto* verzichte. Diese Argumentation auf die äusserste Spitze der Konsequenz getrieben, enthält aber einen offenbar unpraktischen Satz, indem der Gläubiger, bei der oft aus faktischen Gründen unmöglich sicheren Beantwortung der Frage, ob eine unbetagte Forderung wirklich fällig sei, bei Ausübung seines Rechts leicht in die grösste Verlegenheit kommen würde, sein Recht entweder zu verlieren, oder zu früh zu klagen; vergl. auch Liebe in d. Leipziger krit. Jahrbb. Bd. XIII. S. 14. Heumann in der Jen. L. Z. Jahrg. 1842. S. 367. Es bleibt also hier nichts übrig, als eine Aufforderung für ebenso nöthig als zulässig zu halten, ohne dass dem Recht des Gläubigers dadurch ein Eintrag geschieht. Vergl. Glück S. 276 ff. und die dort Gen. und Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 222. *d*). Dass aber gerade der Richter eine Frist in diesem Fall zu bestimmen habe, wie Manche wollen, (s. Wening §. 366. (388.) und die dort Anm. [b]) Gen.) ist nicht zu erweisen, und gar nicht erforderlich. — Dagegen hat Wolff allerdings (S. 83 ff.) mit Recht das Erforderniss der *culpa* für den Verfall des Vertrags abgelehnt.

[25] Fr. 4. §. ult. fr. ult. *h. t.* Es sind hier dieselben Umstände und Gründe von Bedeutung, welche die nachtheiligen Folgen der Nichterfüllung einer Obl. überhaupt und namentlich die des Verzugs ausschliessen, s. §. 93. I. 2. S. II. B. Im Besonderen gehört hierher auch der Fall, wenn der Berechtigte selbst durch eine Nichterfüllung der ihm gegen den Anderen obliegenden Pflichten diesem gegründete Veranlassung zur Zurückhaltung der Leistung giebt, fr. ult. §. 1. *de Resc. vend.* vgl. Glück a. a. O. S. 283.; es kann jedoch räthlich sein, in solchen Fällen zur gerichtlichen Deposition des Gegenstands der Leistung zu schreiten, um auf allen Fall den Eintritt des *pact. commiss.* abzuwenden, c. 7. *de Pactis inter emt.*

[26] Fr. 6. §. 2. *h. t.* Wegen c. 9. *X. de Poenis* s. §. 84. Anm. 36. vgl. auch Glück a. a. O. S. 279.

[27] Fr. 2. 3. *h. t.*

[28] Fr. 4. §. 2. fr. 7. *h. t.* fr. 38. pr. *de Minor.* c. 4. *de Pactis inter emtor.* Die Erklärung kann auf jede bündige Weise geschehen und ist namentlich in der Erhebung der Klage *ex pacto* oder *ex contractu* enthalten.

[29] Fr. 6. §. 2. *h. t.*

[30] Fr. 4. §. 2. *h. t.* das *statuere debere* ist von einem dem Schuldner zustehenden Anspruch der Art zu verstehen.

weitere thatsächliche Folge. Hat der Gläubiger aus dem Vertrag in Folge des Hauptgeschäfts dem Schuldner bereits einen Gegenstand übergeben, z. B. der Verkäufer die gekaufte Sache, so kann er nun diese mit allem Zubehör und Früchten zurückfordern, auch Ersatz wegen Verschlechterungen verlangen. Was der letztere selbst dagegen geleistet hat, verliert er, indem er es nicht zurückverlangen kann, doch kann er sich deshalb an die etwa seinerseits herauszugebenden Früchte halten und sich daraus bezahlt machen, auch kann es keinem Bedenken unterliegen, dass er Anspruch auf Ersatz nothwendiger Kosten hat[31]. Je nach den Umständen kann also der Schuldner einen sehr grossen, oder so gut wie gar keinen Nachtheil aus seiner Säumniss haben. Daher ist es denn so statthaft, als bei manchen Geschäften gewöhnlich, dass über einen von demselben zu leistenden besonderen Schadensersatz, oder sonstige Befugnisse des Gläubigers für diesen Fall, Verabredungen getroffen werden[32]. Um nun mit der Anwendung dieser Folgen, namentlich in sofern, als dem Schuldner dadurch kein Nachtheil entsteht, nicht fehl zu greifen, und nach Umständen einen solchen auf den Gläubiger zurückfallen zu lassen, ist bei der Beurtheilung der auf die Auflösung eingegangener Kontrakte abzweckenden Verträge sorgfältig zu unterscheiden, ob nicht damit nur die Beendigung eines bisher bestandenen Verhältnisses nach Willkühr des Gläubigers, unbeschadet seiner bereits eingetretenen Wirkungen und unter Aufrechterhaltung derselben beabsichtigt worden ist. Ein solcher Vertrag fällt dann unter einen anderen Gesichtspunkt,

[31] Hierüber sind eine Anzahl Stellen vorhanden, welche zunächst in Anwendung auf den Kauf, von wo aber die allgemeinere Ausdehnung begründet ist, Meinungsverschiedenheiten hervorgerufen haben: fr. 4. pr. §. 1. fr. 5. 6. pr. §. 1. *h. t.* namentlich bestehen in sofern Streitigkeiten, dass nur die *arrha*, nicht das gegebene Kaufgeld verloren gehe, wenn dieses nicht als solche gegeben worden, dass auch dieser Verlust nur dann eintrete, wenn er ausdrücklich ausgemacht worden, anderer speziellerer nicht zu gedenken; vgl. Glück a. a. O. S. 285 ff. und die dort Gen. Dass 1) die *arrha* verloren gehe, sagt fr. 6. pr. *d.* ausdrücklich: dass es aber dazu keiner besonderen Beabredung bedürfe, haben schon Glück S. 288 f. und Andere dargethan, indem die allgemein sprechende Stelle die Annahme einer solchen ausschliesst; es haben auch nur Wenige das Gegentheil angenommen. 2) Dass aber das gezahlte Kaufgeld verloren gehe, bestreiten mehrere, darunter auch Glück und Neuere, z. B. Mühlenbruch §. 404. Wening §. 366. (388.) Die diesseitige Meinung stützt sich auf fr. 4. §. 1. im Besonderen, und auch auf fr. 6. pr. *d.* (*verb. vel alio nomine etc.*) die erste Stelle geben auch die Basil. durchaus in diesem Sinn wieder. Glück's Hauptgegengrund ist der, dass die Stelle nur hypothetisch von dem Verlust des Kaufgelds spreche, wenn, nicht dass er es verliere (*cum — perdidit*), was bei einer ausdrücklichen Beabredung freilich möglich sei. Dieser Beschränkung steht aber nicht nur entgegen, dass eine solche durchaus nicht angedeutet ist, vielmehr es ganz dahin gestellt bleibt, wie es zu diesem Verlust komme, sondern dass ja Ulpian die dies enthaltene Ansicht des Neratius ausdrücklich und einfach unter der Voraussetzung: *quando emtor aliqu. part. pretii dedit*, billigt; mithin ist die Hingabe, nicht die Bestimmung des Ausschlusses der Zurückforderung der Grund des Verlusts. Dass *res inemta* sei, wie er weiter anführt, um ein Haben *sine caussa* zu beweisen, darauf kommt nichts an, indem sich ja damit der Verlust des *pretii* an den Verkäufer recht wohl verträgt, da die *caussa* eben der Eintritt der Bedingung und die Auflösung des Geschäfts ist. Die c. 6. *de Pactis inter emtor.*, worauf man sich hierbei wohl auch zu beziehen pflegt, handelt gar nicht von der *lex commissoria*, sondern von der ausbedungenen Rückgängigkeit eines *certae rei contemplatione* eigegangenen Kaufs *exiguo pretio, non impleta promissi fide*, wobei mithin die Zahlung eines Theils oder des ganzen *pretii* nicht weiter in Betracht kam. Die Innebehaltung der Früchte gegen das *pretium* bestätigt ebenfalls fr. 4. §. 1. *d.* Den Anspruch auf *compens. necessar.* folgere ich aus allgemeinen Grundsätzen.

[32] Fr. 4. §. 3. *h. t.* fr. 6. §. 1. *de Contr. emt.*

welcher sich für einen als kommissorischen Vertrag zu erachtenden nicht einnehmen lässt, sollte auch, was nicht unmöglich ist, der Ausfall davon ein Vortheil des Schuldners auf Kosten des Gläubigers, und die Absicht einer solchen Wendung nicht ausdrücklich ausgesprochen sein; denn es steht ja in der Gewalt des Gläubigers, auf die Erfüllung des Hauptgeschäfts zu klagen, anstatt sich durch Geltendmachung des kommissorischen Vertrags solchen Nachtheilen auszusetzen, deren Möglichkeit jener ohnehin selbst herbeigeführt hat [33]. — Dem Berechtigten aus dem kommissorischen Vertrag steht wider den daraus Verpflichteten eine Exception, und wenn demselben eine Sache übergeben worden, auf deren Rückgabe sammt Früchten und allem Zubehör eine Klage, und in demselben Fall sowohl gegen den Schuldner als gegen Dritte auch die *in rem actio* zu, sobald, wie im Zweifel immer anzunehmen, die in dem Vertrag enthaltene Bedingung eine auflösende, durch deren Eintritt also das über die Sache bestandene Verhältniss völlig wieder rückgängig geworden ist. Ist das Hauptgeschäft durch den Vertrag suspensiv bedingt worden, so gilt, da ein Verhältniss durch den Eintritt der Bedingung dann als gar nicht entstanden angesehen wird, rücksichtlich der Rechtsmittel das Nämliche. Wenn dagegen, was nicht unmöglich, sobald der Inhalt des Hauptgeschäfts danach ist, der Vertrag auf solche Weise geschlossen worden, dass beim Eintritt der Bedingung das solchergestalt bedingte Verhältniss sich nicht von selbst lösen, sondern der Schuldner zu dem Ende zu einer Handlung, namentlich also zu einer Rückübertragung des Empfangenen verpflichtet sein soll, so kann der Zweck natürlich nur durch die persönliche Klage erreicht werden [34].

[33] Zur Erläuterung obiger Sätze dienen folgende Beispiele: es wird ein Darlehn gegen fünf Procent Zinsen auf sechs Jahre, oder bis dahin in sechs Raten rückzahlbar ausgeliehen, aber mit der Bestimmung, es solle stets sogleich gefordert werden können, wenn eine Zinszahlung ausbleibe; oder: es wird auf sechs Jahre ein Haus vermiethet, mit der Bedingung, dass, wenn eine Miethzinszahlung zur bestimmten Zeit ausbleibe, der Vermiether nicht länger an den Kontrakt gebunden sein solle. Hier kann die Absicht keinem Zweifel unterliegen, dass Zinsen und Miethzins bis zur Zahlung des Kapitals und bis zur Räumung der Wohnung entrichtet werden sollen. Verträge der Art sind denn allerdings auch keine kommissorische, obwohl von Manchen irrig hierher gezogen, sondern nur diesen in der Wirkung einigermaassen verwandt, sowie der Konventionalstrafe im Wesen, vielmehr endet dadurch nur ein Schuldverhältniss, es wird aber nicht rückwärts aufgehoben, sondern es bleibt wahr, dass es bestanden hat. Hat dagegen z. B. der Käufer einer Sache *sub pacto commissor.* dieselbe bis zu dessen Verfall eingeräumt erhalten, und inzwischen einen Nutzen durch deren Gebrauch gezogen, der nicht unter den Begriff der *fructus* fällt, so versteht sich ein Ersatz oder eine Vergütung dafür, wenn der Verkäufer von seinem Recht des *pacti commiss.* Gebrauch macht, keineswegs von selbst, sondern hier würde er es sich zuzuschreiben haben, dass er sich nicht besser vorgesehen und die Sache ohne Weiteres aus den Händen gegeben hat. Zwischen Fällen dieser Art lässt sich nun kein solcher innestehend denken, dass die Form des kommissorischen gewählt und die erstere Wirkung als beabsichtigt erscheinen könnte, denn das wäre ein Widerspruch. Das aber ist möglich, dass ein ungeschickt oder undeutlich abgeschlossener Vertrag zu Zweifeln darüber Veranlassung geben kann, ob wirklich ein kommissorischer habe geschlossen werden sollen; so, wenn in dem zweiten Beispiel für den Fall des Ausbleibens des Miethzinses nur gesagt wäre, der Kontrakt solle dann für nicht eingegangen betrachtet werden. Da sich nicht annehmen lässt, dass der Vermiether für diesen Fall den säumigen Miether habe umsonst sein Haus benutzen lassen wollen, so wird selbst dann noch nur eine verabredete Beendigung des Kontrakts anzunehmen sein. Beim ersten Beispielsfall wäre nach Zahlung des Darlehns eine totale Auflösung nicht möglich, wenn der Schuldner dies überhaupt bleiben und das Geld zurückgeben soll.

[34] Zwischen den röm. Juristen bestand früher darüber Streit, ob die Wirksamkeit der *lex*

Wenn der kommissorische Vertrag nicht schon an die blosse Nichterfüllung, sondern ausdrücklich daran geknüpft ist, dass der Schuldner mit der Leistung aus dem Hauptgeschäft in Verzug gerathe, so ändern sich mit diesem Begriff die Voraussetzungen für jenen; die Wirkung bleibt dieselbe. Ob dann bei Auflösung des Verhältnisses auch noch die gesetzlichen Folgen des Verzugs geltend gemacht werden können, ist zunächst Sache des Inhalts und der Auslegung der Verträge, im Zweifel aber muss angenommen werden, dass die Ausübung des Rechts aus dem Vertrag jene erledige und ersetze[35].

II. Der Inhalt einer Obligation kann ferner dadurch verändert oder erweitert werden, dass mit dem Zuwiderhandeln gegen die Verbindlichkeit der Begriff der Schuld, *culpa*, und damit ein Grund zur Leistung von Schadensersatz und Interesse eintritt. Dieses ist zuvörderst der objektiven Natur der Thätigkeit nach auf dieselbe Weise, d. h. durch verbotene Handlungen derselben Art rechtlich möglich, welche auch ausser bestehenden Obligationsverhältnissen eine besondere Obligation zum Schadensersatz begründen können, s. §. 100.[36]; inwieweit es thatsächlich mög-

commiss. nur mittelst *a. praescriptis verb.* geltend gemacht werden könne, oder auch *a. venditi* zulässig sei, s. darüber Glück a. a. O. S. 226.[37], 295. Nach fr. 4. pr. *h. t.* u. fr. 6. §. 1. *de Contr. emt.* ist das letztere ausgemacht, daneben aber auch die *a. praescr. verb.* statthaft, denn sie ist nicht aufgehoben. Da der Nebenvertrag jetzt an sich schon klagbar ist, so kommt hierauf nichts mehr an. Die Zulässigkeit der *rei vindicatio* aber anlangend, so gedenkt Glück a. a. O. S. 296. deren nur in der Richtung wider dritte Besitzer einer Sache. Sie kommt vor in fr. 8. *h. t.* (als möglich vorausgesetzt) und in c. 4. *de Pactis etc.*, welche eine Beschränkung der Art nicht enthalten, sondern allgemein sprechen, und vielmehr den Käufer als Gegner voraussetzen. Nach seiner eigenen Erörterung kann nun zwar Glück die *rei vind.* auch gegen den Käufer nicht als ausgeschlossen betrachten, es macht ihm aber c. 3. *ej. tit.* dabei Schwierigkeiten, die er nicht beseitigen kann. Das ganze Sachverhältniss ist nach m. E. so aufzufassen: da die *lex commiss.* regelmässig eine Resol.-Bedingung enthält (s. Anm. 3), so treten hier die §. 39. 4. z. A. entwickelten Grundsätze ein, und es muss *rei vind.* ohne Einschränkung möglich sein; gegen Dritte ist sie es nur eben deshalb, und daher muss sie es auch gegen den anderen Kontrahenten sein. Ist das Hauptgeschäft mit angehängter *lex commiss.* suspensiv bedingt geschlossen, so hat der Verkäufer sein Recht niemals aufgegeben. Nun ist aber auch möglich, dass nur eine Obl. zum Zurückgeben eingegangen worden ist, s. §. 39. 4.[9], dann kann die *rei vind.* nicht Platz ergreifen, sondern es ist nur die *a. venditi* möglich; einfach hiervon handelt c. 3. *d.*, nicht, wie Glück glaubt, von einer Resol.-Bedingung. Vergl. auch Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 222.[6]. Was nun hier von der *rei vind.* gesagt worden, findet u. U. natürlich auch dann Anwendung, wenn diese die Gestalt der *negatoria a.* annimmt. Dass übrigens für den ersten Fall gegen den anderen Kontrahenten allemal die persönliche Klage statthaft sei, versteht sich von selbst. Vergl. auch Wolff a. a. O. S. 239., der mit Mühlenbruch §. 271.[5] die c. 3. *d.* von einem Wiederkauf erklärt, was nicht überzeugend zu beweisen, aber auch, wie gezeigt, nicht nöthig ist.

[35] Madai Mora S. 411. will dann immer auch die Folgen der *mora* eintreten lassen, von denen freilich nur das Interesse gemeint sein kann, ohne besondere Gründe dafür anzuführen. Ich kann aber den Eintritt des Begriffs des Verzugs dazu nicht für ausreichend erachten, da dessen Folgen nur mittelst der Klage aus dem Hauptgeschäft geltend zu machen sind, und zwischen dieser und dem Recht aus der *lex commiss.* zu wählen ist; ich kann vielmehr in dem vorausgesetzten Fall nur eine Aenderung des Eintritts der in der *l. c.* enthaltenen Bedingung und dieser selbst erkennen. Auch ist ja die Sache im Wesentlichen in Betreff des Interesses gleich, da die Forderung eines solchen schon durch die blosse Nichterfüllung begründet und durch den Verzug sein Umfang möglicher Weise nur erweitert wird.

[36] Fr. 18. §. 1. *Commodati* (Beschädigung der *res commodatae*, *depositae*, *pigneratae*) fr. 10. pr. *Comm. div.* (der *res communis*) fr. 18. §. 1. fr. 42. *ad Leg. Aquil.* fr. 16. §. 5. *Famil. erc isc.* fr. 25. §. 5. fr. 43. *Locati.* Alsdann treffen die Klage aus dem Kontrakt und die *leg. Aquiliae*

lich sei, hängt von den Umständen und dem Gegenstand der Obligationen ab[37]. Es findet daher in sofern in Obligationsverhältnissen die Vertretung derselben Schuld (*culpa* im weiteren Sinn, s. §. 100. 2) z. A.) Statt, wie ausser ihnen. Nur tritt hier eine sehr bedeutende Modifikation in Betreff der Beurtheilung der Unrechtmässigkeit der verantwortlich machen sollenden Handlungen in sofern ein, als der Handelnde vermöge des Obligationsverhältnisses mit der Sache eines Anderen überhaupt in Berührung kommt, und ein Recht erhält, sich mit derselben zu befassen, und also auch eine durch vertragsmässigen Gebrauch und Behandlung derselben entstandene Abnutzung und Verschlechterung den Kontrahenten nicht verantwortlich machen kann. Es kommt vielmehr hier auf die Innehaltung der durch die Natur des konkreten Obligationsverhältnisses gegebenen Gränzen an[37b]. Sind diese beobachtet worden, so kann von einer Verantwortlichkeit keine Rede sein; erst jenseits derselben hebt diese mit der Unrechtmässigkeit an, und so wird denn hier für die Möglichkeit der Klage wegen widerrechtlichen Schadens der zufolge des bestehenden Verhältnisses zu vertretende Grad der Culpa entscheidend, und sie kann nicht, wie ausser Obligationsverhältnissen, wegen jeder Culpa angestellt werden. Allerdings aber äussert sich dieser Unterschied, weil die letztere auch in den meisten von jenen zu vertreten ist, nur ausnahmsweise da praktisch, wo nur für den geringeren eingestanden zu werden braucht (s. nachher)[38]. — Dagegen aber erweitert sich in Obli-

zusammen, vergl. Hasse Culpa §. 27. z. A. §. 35 ff. *Elvers de Culpa*, p. 162. s. aber Anm.[38].

[37] So z. B. bei Darlehnen kann von einer solchen *culpa* nicht die Rede sein, da es an einem Gegenstand fehlt, auf welchen sie von Einfluss sein könnte. Anders, wenn es sich um Rückgabe einer bestimmten Sache handelt.

[37b] Fr. 30. §. 2. *Locati.* fr. 27. §. 23. 29. *ad Leg. Aquil.* vgl. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 698.[3], und Vangerow Bd. III. S. 574.[1].

[38] Vergl. hierüber die Ausführung von Hagemeister in Löhr's Magazin Bd. III. S. 145 ff., womit er der, freilich wohl nur aus Ungenauigkeit, während es nicht so gemeint war, dahin lautenden Doktrin, dass jedes Obl.-Verh. in der Regel der vollen Herrschaft der *L. Aquilia* unterworfen und die *actio L. Aquil.* auch hier überall statthaft sei, entgegentrat; s. d. dort. Gen. Namentlich behauptete Löhr Theorie der Culpa S. 81. und Beiträge S. 219., aber auch noch im Magaz. a. a. O. S. 173., dass die Frage, ob im Fall einer bestehenden Obl. nur dann die *a. Leg. Aq.* angestellt werden könne, wenn die Kontraktsklage durch die geschehene positive Beschädigung begründet sei, oder auch da, wo eine durch das Eigenthümliche des Verhältnisses nicht besonders gerechtfertigte, aber nach der Natur des Kontrakts nicht zu vertretende Schadenszufügung Statt gefunden? dahin zu beantworten sei, dass die bestehende Obl. auf die *a. Leg. Aq.* hier keinen Einfluss habe, und dass, wenn auch laut jener nur *dolus* prästirt werde, dennoch die *a. Leg. Aq.* auch wegen *culpa* (*levis*) erhoben werden könne. Ebenso Hasse §. 36 ff. — (den von diesem §. 37. a. E. in fr. 10. pr. *Communi divid.* gesetzten Beweisgrund vermag ich nicht zu finden), und Göschen a. a. O. §. 390. Da in den bei weitem meisten Obl.-Verh. *culpa levis* wegen *omissio dilig.* zu vertreten ist, mithin derselbe Grad von Fleiss bei positiven Beschädigungen, wie bei der *a. Leg. Aq.*, so erledigt sich für diese der Streit. Für die übrigen aber, also namentlich, wenn nur *dolus* zu prästiren ist, findet Löhr den Hauptgrund der von ihm auch gegen Hagemeister festgehaltenen Ansicht „in der in allen Stellen unbestimmt behaupteten Konkurrenz der Klagen." Ich halte aber Hagemeister's Gründe für überwiegend, und die allgemein gelehrte Konkurrenz der Klagen rücksichtlich der *a. Leg. Aq.* doch immer nur mit der sich von selbst verstehenden Bevorwortung gemeint, wenn die besonderen Voraussetzungen zu dieser zutreffen, während gegen ihre Statthaftigkeit *in concreto* offenbar die Haftungspflicht aus dem Vertrag maasgebend wird; s. auch Hagemeister S. 156 f.; dass aber diese Bevorwortung nicht weiter ausdrücklich hervorgehoben wird, ist daraus zu erklären, weil, wie obgedacht, für die Regel, die grosse Mehrzahl der Fälle, nichts darauf ankommt. Der Streit scheint sich an folgendem Beispiel vollkommen erproben zu lassen. Der Depositar

gationsverhältnissen das Feld des Begriffs der Culpa dadurch, dass wiederum je nach den Umständen und dem Gegenstand der Obligationen das Zuwiderhandeln nicht nur durch schädliche positive Thätigkeit möglich ist (*c. in faciendo*)[39], sondern, in sofern die Obligation zu einer Thätigkeit verpflichtet, auch durch Unterlassen (*c. in non faciendo*)[40]. Die erstere ist ausser der vorher gedachten theils durch Verweigerung der schuldigen Leistung[41], theils dadurch möglich, dass sich der Schuldner eine Leistung theilweise oder ganz unmöglich macht[42]. Das letztere wird als Vernachlässigung der obligationsmässig schuldigen Beflissenheit und Behutsamkeit zur Erfüllung der Leistung (*omissio diligentiae*), ebenfalls zur Schuld. Nach beiden Richtungen hin ist auch hier Absichtlichkeit, *dolus*, und Unabsichtlichkeit, *culpa* im engeren Sinn, möglich. Der Dolus umfasst hier jede absichtliche widerrechtliche Verletzung der Verbindlichkeit, im Besonderen auch absichtliche Nichterfüllung[43]; die Culpa jede Unachtsamkeit und Vernachlässigung derjenigen Vorsicht und Sorgsamkeit, wodurch die eingetretenen Nachtheile abgewendet worden wären. Bei der Unvollkommenheit der menschlichen Natur in der Voraussicht künftiger Dinge hat das Recht in dieser Beziehung dem Schuldner nicht die Pflicht auflegen können, die Folgen aller und jeder Handlungen und Unterlassungen zu vertreten, wodurch Nachtheile der Art entstanden sind, sondern es hat nur einen doppelten allgemeinen Maasstab, je nach Verschiedenheit gewisser Obligationsarten, anerkannt, einmal, als den geringsten, die Vernachlässigung der Achtsamkeit, welche vermöge des natürlichen gesunden Menschenverstands jedem Menschen geboten ist (*nimia negligentia, non intelligere quod omnes intelligunt*, — *culpa lata*), und, dem Dolus ganz nahe verwandt, diesem gleich behandelt wird, indem Jeder deren Folgen wissen kann und wissen muss[44], — dann, als den höchsten, die Vernachlässigung derjenigen Sorgfalt

haftet nur für *c. lata;* hat er nun z. B. eine Repetiruhr in Verwahrung genommen, und verdirbt, indem er daran probirt, das Schlagwerk, so haftet er ohne Zweifel *ex Leg. Aq.* ganz ebenso, wie wenn kein *depositum* Statt fände, indem jene Handlung auf dieses Verhältniss keinen Bezug hat. Wer sie dagegen ruhig in den Schrank thut, in welchem er seine Kostbarkeiten verschlossen verwahrt, handelt offenbar seiner Pflicht gemäss. Gesetzt nun, er bleibt bei einer Bewegung im Zimmer unversehens mit dem Kleid an diesem Schrank hängen, so dass er ihn umreisst, und die Uhr darin beschädigt wird, worin gewiss keine *culpa lata* gefunden werden kann, soll der nun *ex Leg. Aq.* in Anspruch genommen werden können, weil diese wegen jeder *c. levis* zulässig ist? In fremdem Zimmer, und wenn er die Uhr nicht deponirt erhalten, den Fall gedacht, würde ein solches Versehen u. s. w. unbedenklich verantwortlich machen; allein da er durch die Deposition überhaupt rücksichtlich der Uhr in ein, auch in Betreff der *culpa*, bestimmtes Verhältniss getreten, so sind die aus einem diesem sonst gemäss inne gehaltenen Benehmen entspringenden schädlichen Folgen für das Depositum nach m. E. auch nach den für jenes geltenden Regeln, nicht aber das Benehmen selbst ohne alle Rücksicht auf das Verhältniss, ohne welches der Depositar ja mit der Uhr gar nicht in Berührung gekommen wäre, zu beurtheilen. — S. auch noch das schon von Hagemeister cit. fr. 54. §. 1. 2. *de A. R. D.* und Hänel a. a. O. §. 35. A. M. ist wieder Vangerow a. a. O. S. 574 f., durch deren Ausführung ich jedoch die vorstehende nicht für widerlegt erachten kann.

[39] Vgl. vor. §. Anm. [8] vor I.

[40] So z. B. beim Mandat und bei gegenseitigen Verträgen.

[41] S. §. 100. Anm. [8] Nr. 2. z. A.

[42] Vgl. Hasse Culpa §. 1. a. E. §. 35.

[43] Vgl. Anm. [9] Nr. 2) des §. 22. Dolus ist hier ebenso charakterisirt, wie im vor. §. Anm. [10] von dem bei dem *damnum injuria datum* gesagt ist; vgl. Hasse §. 17.

[44] Fr. 1. *Si mensor.* fr. 7. 32. *Depositi*, fr. 8. §. 10. fr. 29. pr. *Mandati*, fr. 22. §. 3. *ad Sct. Trebell.* fr. 213. §. 2. fr. 223. pr. 226. *de V. S.* (in diesen Stellen auch manche andere Bezeichnungen). Das Verhältniss der *lata culpa* zum *dolus* ist mit Hasse §. 20. a. E. und 21. so zu bestimmen, dass dieser die Kenntniss des bevorstehenden schädlichen Erfolgs einer Handlung voraussetzt, s. vor. §. Anm. [10], jene die

und Ueberlegung, welche ein bedächtiger und verständiger Hausvater in seinen Angelegenheiten aufzuwenden pflegt (*omissio diligentiae diligentis patrisfamilias — quam debent homines frugi et diligentes praestare, — culpa levis, levissima*)[45]. In der Mitte zwischen beiden steht aber noch ein besonderer Maasstab, nämlich das Maas derjenigen Sorgfalt, welche Jemand auf seine eigenen Angelegenheiten zu verwenden pflegt (*diligentia quam suis rebus adhibere solet*). Dieser kommt nur ausnahmsweise und als ein relativer in Betracht, und verhält sich zu den beiden anderen so: dass die Vernachlässigung derselben in fremden Angelegenheiten sowohl je nach Um-

Kenntniss der Gefahr und der Mittel ihr vorzubeugen, wogegen man sich nur auf eine ganz unerhörte Unwissenheit berufen müsste. (*Elvers l. l.* p. 10. enthaltener Widerspruch gegen Hasse scheint eigentlich kaum ein solcher zu sein, denn das moralisch Verwerfliche, was ersterer gegen die von letzterem für den *dolus* behauptete *scientia* hervorhebt, stellt auch dieser nicht in Abrede.) Die Verwandtschaft mit dem *dolus* liegt darin, dass man zwar den Schaden nicht positiv will, aber doch wissentlich, dass er sehr wahrscheinlich sei, es darauf ankommen lässt. Daher wird denn hierher auch diejenige absichtliche Verletzung gerechnet, wobei die Absicht, wie in den Anm. 10 zuletzt cit. drei Stellen, nicht sowohl auf den schädlichen Erfolg für den Anderen, als vielmehr auf einen anderen Zweck, namentlich den Vortheil eines Dritten gerichtet ist, s. fr. 8. §. 10. *Mandati.* Und nicht minder wird es aus einem ähnlichen Grunde, nämlich weil darin etwas moralisch Verwerfliches liegt, als eine *culpa lata* angesehen, wenn Jemand auf die ihm zu besorgen und zu überwachen obliegende Angelegenheiten eines Anderen eine geringere Sorgfalt verwendet, als er sonst auf seine eigenen zu verwenden allgemein gewohnt ist. S. Hasse §. 22. 40. 41. (Das ist die sog. *dilig. in concreto*, s. Anm. 46.) Der hierbei zuweilen angewendete Begriff eines *dolus praesumtus* existirt nicht, s. dens. §. 23. Der sog. aquilischen Schuld ist der Begriff *c. lata* ganz fremd, ebenso wie der *diligentia*, vergl. Löhr Beitr. S. 42. 152 ff. und vor. §. Anm. 10. Fr. 11. *de Periculo et commodo*, fr. 14. *de P. A.* (coll. fr. 13. §. 1. *eod.*)

45 Die frühere unrichtige Abtheilung einer *culpa levis* und *levissima* bedarf jetzt nicht einmal mehr der Erwähnung, s. darüber Löhr Beitr. z. Lehre v. d. Culpa S. 25 ff. Magaz. Bd. IV. S. 482 ff. Hasse §. 24. 25. Seuffert a. a. O. S. 102 ff. Hänel a. a. O. §. 18 ff. Um nicht in *culpa levis* zu gerathen, wird die nämliche Achtsamkeit verlangt, und ihr Gebiet gegen den *casus* grenzt sich ebenso ab, wie im vor. §. Anm. 13 von der aquilischen Culpa im e. S. gesagt worden ist, fr. 137. §. 2. 3. *de V. O.* s. Hasse §. 26. *Elvers l. l.* p. 18 sqq. — Löhr a. a. O. S. 520. leugnet, dass in der cit. Stelle von *culpa* die Rede sei; das ist allerdings richtig, insofern aber doch die Handlungsweise eines *diligens paterfamil.* darin überhaupt durch Beispiele erläutert und näher charakterisirt wird, scheint mir dies auch da zur Anwendung gebracht werden zu dürfen, wo eine solche in Bezug auf *culpa* zur Sprache kommt. — Innerhalb der beiden Grade, der *culpa lata* und *levis*, welche die Fälle der *in suis reb. dilig.* und der *minor* mitumfassen, kann es nun danach faktisch sehr verschiedene Fälle und Abstufungen grösserer und geringerer Nachlässigkeit geben, so dass die einen nahe an den *casus*, andere nahe an die *lata culpa*, und andere (der letzteren beizuzählende) wieder an die *culpa levis* hinanstreifen. Die Beweggründe, als z. B. Muthwillen, Frechheit, Trägheit, Leichtsinn, Nachlässigkeit, Unwissenheit u. s. w., können gleich den einzelnen Aeusserungen derselben in hohem Grad mannigfaltig sein. Diese faktischen Verschiedenheiten kommen nicht weiter in Betracht, sondern immer nur ist die Frage von Interesse, ob wirklich *culpa* oder *casus* vorhanden, und unter welchen Grad der konkrete Fall zu stellen sei? Auf die erste Frage namentlich sind die Umstände, die den Fall begleiten, von wichtigem Einfluss, also: Zeit und Art der Handlung nach Umfang und Schwierigkeit, Alter, Geschlecht des Handelnden u. s. w., s. Hasse §. 27. Hänel §. 27. Es liegt in der Natur der Sache, dass hier sehr verschiedene Ansichten und Beurtheilungen möglich sind, indem sich individuelle Anschauung von Seiten des Richters dabei häufig kund geben wird. In rechtlicher Hinsicht dagegen steht immer das im Text angegebene Kriterium für jeden Maasstab fest. Die grössten Schwierigkeiten wegen der Ermittelung der faktischen Voraussetzungen werden sich bei dem relativen Maasstab der sog. *diligentia in concreto* ergeben, vgl. folg. Anm. — Ueber den *casus* vgl. *Elvers l. l.* p. 58 sqq.

ständen, als etwas Böswilliges unter die Verschuldung des geringsten Maasstabes, die *culpa lata*, treten kann, und dann dem Dolus gleich steht, als auch, wenn es an Grund zu einer solchen Annahme fehlt, nur der *culpa levis* gleichzusetzen ist, — die Beobachtung jenes Maases aber, wenn es auch nicht den Grad der Beflissenheit eines ordentlichen, sorgsamen Hausvaters erreicht, in gewissen Verhältnissen genügt, müsste auch in anderen durch den dort nur aufgewendeten Grad von Achtsamkeit unter denselben fraglichen Umständen *culpa levis* für begangen erachtet werden. Vorausgesetzt ist dabei natürlich für den Begriff, dass nicht die Handlungsweise in eigenen Sachen eine so nachlässige sei, dass sie an sich schon unter den Umfang der *lata culpa* tritt[46]. Nach diesen Graden der Beflissenheit bestehen also Grade

[46] Dieser relative Maasstab ist die sog. *diligentia in concreto*, welcher die *b. patrisfamil.* als *dil. in abstracto* entgegengesetzt zu werden pflegt, was aber unnöthig ist, da sich erstere zur letzteren nicht wie eine Art zur anderen, sondern wie die Ausnahme zur Regel verhält. Zur Charakterisirung derselben ist erforderlich: 1) dass die Handlungsweise der gewöhnlichen, üblichen (an sich nicht überhaupt unfleissigen, s. nachher) des Handelnden in eigenen Angelegenheiten nicht entspreche, sondern hinter ihr zurückbleibe; es kommt daher beim Beweis auf eine solche Zahl von Handlungen an, dass darauf der Begriff *solere*, *consuetum esse* gegründet werden kann, es wäre denn, dass er in eigenen und fremden Angelegenheiten gleichzeitig gehandelt und letztere nachlässiger als erstere betrieben hätte. Nur wenn es darauf ankam, in einer gemeinschaftlichen Noth die eigenen und die fremden Sachen zu retten, dürfen erstere vorgezogen werden, ohne dass also eine *minor quam in suis reb. dil.* hier zum Vorwurf gereicht, während dadurch *culpa levis*, wenn diese zu vertreten wäre, begangen werden würde, s. fr. 5. §. 4. *Commodati* coll. c. 2. X. *de Deposito;* s. darüber Hänel a. a. O. §. 31.; 2) andererseits aber ist nicht zu verlangen, dass, wenn Jemand in eigenen Angelegenheiten einen grösseren Fleiss, als den des *dil. paterfamil.* anzuwenden pflegt, nun ein solcher auch zum Maasstabe für fremde Angelegenheiten angenommen werde; 3) dagegen entschuldigt eine so geringe *dilig.* in eigenen Sachen, welche *lata culpa* involvirt, wiederum nicht da, wo im Allgemeinen nur die erstere verlangt wird; 4) beobachtet der Handelnde in eigenen Sachen gewöhnlich die allgemeine *dilig. boni patrisfam.*, was in der Regel vorauszusetzen ist und meistens zutreffen wird, so fällt die von ihm in den Ausnahmsfällen nur zu prästirende *dil. quam suis* mit der gewöhnlichen eines *bonus paterfamil.* zusammen; vgl. hierüber die Ausführ. bei Hasse §. 40. 41. 42. S. 52. Die Hauptstellen dafür sind folgende: fr. 32. *Depositi*, fr. 22. §. 3. *ad Sct. Trebell.*, fr. 18. §. 1. *Soluto matrim.* (s. dazu Hasse §. 62. 63. und andererseits Löhr Magaz. Bd. IV. S. 480. 512.), §. 1. *I. de Obl. qu. quasi ex contr.* fr. 25. §. 16. *Famil. ercisc.* fr. 72. *Pro socio*, fr. 3. *de Periculo et commodo*, fr. 17. *de J. D.*, fr. 24. §. 5. *Soluto matrim.*, fr. 1. pr. *de Tutelis et ration.* c. ult. *de Pactis conv.* Ueber die dogmatische Auffassung dieser *dilig. in suis rebus consueta* und ihres Korrelats, der sog. *culpa in concreto* herrscht aber Meinungsverschiedenheit. Hasse (bes. §. 52. a. E. und 53.) fasst sie unter einem doppelten Gesichtspunkt auf, einmal (in den Fällen, wo nur für *dolus* und *culpa* gehaftet werde) müsse sie dem *dolus* als *culpa lata* beigezählt werden, dann wieder erscheine sie als eine Unterart der *culpa levis*, (wenn es heisst, dass ausser *culpa* auch für *qualis in suis reb. dil.* eingestanden werden müsse), wo sich dann der Verklagte durch den Beweis befreien könne, dass er in seinen eigenen Angelegenheiten auf gleiche Weise verfahre. S. ferner Hänel d. Lehre vom Schadensersatz §. 29. 30. und Puchta §. 266. a. E., der sie als Vernachlässigung einer *dilig.* namentlich dann unter die Bezeichung der *culpa levis* fallen lässt, wenn nicht der Verdacht rechtswidriger Absicht entstehe, entgegensetzten Falls unter die *lata c.* Gegen die Hasse'sche Doktrin hat sich neuerlich wieder Löhr a. a. O. S. 510 ff. erklärt; obwohl er anerkennt, dass dessen Ansicht zu denselben Resultaten, wie die seinige führe, und nur den Beweis, in sofern man in der *minor quam in suis reb. dilig.* auch eine Unterart der *culpa levis* anerkenne, anders regulire, eine Verschiedenheit, die er aber schon an sich für grundlos hält, sowie, dass es eigentlich nur auf einen Wortstreit hinauskomme (S. 481. [2]), so hält er sie doch für durchaus verwerflich, und beharrt dabei, dass die *minor etc. dil.* immer *culpa lata* und keine Modifikation der *dilig.* im

der Bemessung der Schuld; mit der *culpa levis* schliesst dieser Begriff ab (*omnis culpa*)[47], und jenseits derselben beginnt das Gebiet des Zufalls. Die der letzteren entgegengesetzte Beflissenheit kann je nach den Umständen sehr verschiedene Arten der Thätigkeit umfassen, unter denen die Verwahrung einer Sache vor Abhandenkommen und äusseren Unfällen (*custodia*) darum besonders hervorzuheben ist, weil vermöge einer gesetzlichen Vermuthung der Diebstahl nicht dem Zufall beigezählt, sondern als ein Ereigniss betrachtet wird, welches durch Achtsamkeit immer hätte vermieden werden können; nur der Beweis der zu vertretenden Schuldlosigkeit befreit von der Verantwortlichkeit[48]. — Welcher Grad der Sorgfalt und Achtsam-

Gegensatz von *culpa lata* sei. Beide Theile streiten mit denselben Stellen, namentlich den citirten, so dass es auf deren richtige Ausleguug ankommt. Dass hierbei gegenseitig grosse Schwierigkeiten vorwalten, wird nicht verkannt (s. auch Löhr S. 517 f.). Steht nun fest, — und darüber ist im Ganzen kein Streit, — wann, in welchen Fällen und Kontrakten, der Einwand, dass wenigstens jene *dilig.* gewährt sei, die Verantwortlichkeit abwende, so ist es allerdings ganz einerlei, ob man das Gegentheil der *culpa lata* oder *levis* beizählt; und unter diesen Umständen könnte man sich also dabei beruhigen, dass es hier nur auf einen Wortstreit hinauskomme, und dass die praktischen Resultate mit Ausnahme der Beweislast sich gleich bleiben. Demungeachtet aber lässt sich doch nicht behaupten, dass, wenn eine Vernachlässigung derjenigen geringeren Diligenz als eines *dilig. paterfam.*, also der absoluten, welche Jemand in eigenen Sachen anzuwenden pflegt, in fremden zur Schuld gereicht, diese *culpa* den Umständen nach immer *dolo proxima*, also *lata culpa* sein müsse, sondern es lässt sich wohl denken, dass sie der *levis* näher stehe. Nur dann vielmehr, wenn jedes hinter der *diligentia dilig. patrisfamil.*, also der höchsten bis zum *casus*, zurückbleibende Benehmen in eigenen Sachen allemal eine *summa negligentia* oder Böswilligkeit wäre, würde immer auch *culpa lata* vorhanden sein. Da nun aber bis zur Grenze des *casus* gar manche Abstufungen der mehr oder weniger vorsichtigen Handlungsweise vorkommen können (vgl. Anm. 45), so kann eine gewohnte konkrete, sofern sie, wie nicht geleugnet wird, überhaupt für gewisse Fälle maassgebend wird, doch eben sowohl als eine eigenthümliche *species* der Diligenz, wie deren *omissio* als deren Korrelat, d. h. als *species* der *culpa levis* bezeichnet werden.

47 Fr. 1. §. 1. *Si mensor*, fr. 31. §. 12. *de Aedil. Ed.* fr. 38. pr. *de Damno inf.* c. 13. *Mandati.*

48 Fr. 10. §. 1. *Commodati*, fr. 1. pr. 35. *Depositi*, fr. 52. §. 3. *Pro socio*, fr. 31. pr. *de A. E.* fr. 12. pr. 14. §. 6. 10. 12. *de Furtis*, und s. noch §. 59. Anm. 32; vgl. Hasse §. 76. u. 81 ff. 91., namentlich auch über den rechtl. Zusammenhang zwischen der *praestatio custodiae* und *a. furti* für den Verpflichteten; *Elvers l. l.* p. 19 sqq. 48 sqq. und Hänel a. a. O. §. 37. Göschen Vorles. §. 388. Es hat daher die *custodia* dieselben Grade, wie die *diligentia* (daher: *diligens cust.*, *plena*, *qualem bonus paterfam. etc.*, s. z. B. §. 5. *I. de Locat.* fr. 35. §. 4. *de Contr. emt.* fr. 5. §. 5. *Commodati*, fr. 2. §. 1. fr. 3. *de Periculo et commodo etc.*) und eigenthümlich ist nur die gesetzliche Vermuthung einer *culpa levis*, sobald keine *vis major* oder *fatale damnum* entgegentrat. Ob hierzu Diebstahl durch Einbruch gehöre, darüber scheint nach fr. 55. pr. *Locati* und c. 1. *de Locato* Streit, der nach c. 4. *eod.* und fr. 60. §. 9. *eod.* davon zu erklären ist, dass dafür (und also auch wohl für Einsteigen) nur dann gehaftet werde, wenn die *custodia* ausdrücklich übernommen wird, übrigens aber dieselbe der *vis major* nach der zweiten Stelle gleichstehe; denn ohnedies kann die *custodia* von Sachen, deren Verwahrungslokal man nur vermiethet hat, den Vermiether unmöglich etwas angehen. Vgl. noch *Elvers l. l.* p. 56. Nicht aber darf man hier an eine strengere Verantwortlichkeit, als bei der übrigen *diligentia* denken. Wie nun *dil.* ohne Beisatz stets die höchste bedeutet, welche überhaupt zu prästiren ist, so auch *custodia* (s. vor. §. Anm. 8 VI.), und so ist es zu verstehen, wenn vom Depositar, der nur für *culpa lata* haftet, gesagt ist, dass er keine *custodia* vertrete, s. §. 17. *I. de Obl. quae ex del.* und fr. 14. §. 3. *de Furtis* coll. fr. 1. pr. *Depos.*, d. h. wenn seine Nachlässigkeit *in custodiendo* eine *culpa lata* war, so haftet er allerdings auch für *custodia* in der Bedeutung von Verwahrung. S. noch Löhr Beitr. S. 163 ff. und Magaz. Bd. IV. S. 507 f. und Göschen Vorles. §. 392. 2. Wegen Wechsels der Ausdrücke *custodia* und *dilig.* s. Löhr a. a. O. S. 494. 4.

keit, und also der Culpa in Obligationsverhältnissen geleistet werden soll, das kann zunächst durch Uebereinkunft der Betheiligten festgesetzt[49], nur kann niemals auf den Schadensersatz wegen Dolus und *culpa lata* verzichtet werden, sondern ein solcher Verzicht wäre wirkungslos[50]. Dagegen aber kann ein höherer Grad der Achtsamkeit, als der den Umständen nach absolut schuldige, und sogar einschliesslich der Verpflichtung, für den Zufall einzustehen, übernommen werden[51]. Abgesehen hiervon ist das nach Verschiedenheit der Obligationsverhältnisse durch das Recht dahin bestimmt, dass regelmässig für den höchsten Grad der Diligentia eingestanden, also *culpa levis* vertreten werden muss, und nur ausnahmsweise ein geringerer genügt[52]. In folgenden Verhältnissen nämlich: bei Obligationen, welche vermöge

[49] Fr. 72. §. 3. *de Condition.* fr. 5. §. 2. *Commodati*, fr. 1. §. 6. 10. 35. *Depositi*, fr. 23. *de R. J.* Vgl. Hasse §. 60. 61.

[50] Fr. 23. *de R. J.* fr. 27. §. 3. 4. *de Pactis*, fr. 17. pr. *Commodati*, fr. 1. §. 7. *Depositi*, fr. 6. §. ult. fr. 11. §. 15. *de A. E.* fr. 6. *de Pactis dotal.* Vgl. Glück Komm. Bd. IV. S. 317 ff. Auf den durch *dolus* entstandenen Anspruch kann aber mit Erfolg verzichtet werden, sobald der Verzichtende denselben und seinen Grund schon kannte, fr. 27. §. 4. *d.* vgl. mit fr. 14. §. 9. *de Aed. Ed.* Hasse §. 60. a) ist der Meinung, dass ein indirekter Erlass dadurch geschehe und rechtlich möglich sei, wenn man allen Ansprüchen zum Voraus entsage, darin liege eine Schenkung, und zwar nach fr. 27. §. 3. *d.* (*v. quamvis etc.*) coll. fr. 7. §. 15. *eod.*, indessen sind Glück's Bedenken dagegen (a. a. O. Anm. 98) offenbar sehr wohl begründet, und mit *Donell. Comm. jur. civ.* Lib. 16. c. 6., eine Lösung der Schwierigkeit darin zu suchen, dass die *exc. pacti* nur in sofern nütze, als eben nicht die Klage ausdrücklich auf *dolus* fusse, den dann der Kläger immer zu beweisen habe. Ueber die Gleichstellung der *culpa lata* hierin s. Hasse a. a. O., welcher jedoch auch mit Recht darauf aufmerksam macht, dass unter Umständen, z. B. bei Ueberhäufung mit eigenen Geschäften, Jemand wohl in Betreff der Besorgung fremder gültig bevorworten kann, dass er nur einen geringeren Grad der Diligenz, als er seinen eigenen zu widmen pflegt, auf jene verwenden könne.

[51] *Omne periculum, pericul. vis majoris*, s. fr. 5. §. 2. *Commodati*, c. 1. *de Locato.*

[52] Sehr gewöhnlich ist namentlich nach fr. 5. §. 2. *Commodati*, fr. 17. §. 2. *de Praescr. verb.*, fr. 108. §. 12. *de Leg.* I. und fr. 61. §. 6. *de Furtis*, der Grundsatz als allgemeiner, namentlich für die Vertrags- und vertragsähnlichen Verhältnisse an die Spitze gestellt, dass derjenige, wer aus der juristischen Thatsache, worauf diese ruhen, keinen Vortheil ziehe, blos *dolus*, einschliesslich der *culpa lata*, wer aber Vortheil daraus habe, *culpa levis* zu vertreten habe, woran sich dann mannigfaltige Beschränkungen knüpfen; s. z. B. Wening §. 240. (§. 98. bei r), Göschen Vorles. Bd. III. §. 391., auch wird diese Regel nach dem Inhalt der Obl. zuweilen näher bestimmt, s. z. B. Mühlenbruch §. 253. I. und ihr auch noch der Satz vorangeschickt, für *dolus* und *culpa lata* hafte man immer. Nach m. E. hat zuvörderst dieser letztere hier (denn s. bei Anmm. 43 und 44) kein positives Interesse, denn, wenn nicht wenigstens dafür immer einzustehen wäre, so könnte von Prästation der *culpa* gar keine Rede sein; nur negativ ist die Vertretung des *dolus* in sofern relevant, als jene nicht weiter reicht. Daher lässt sich derselbe hier füglich entbehren; er folgt allemal aus den anderen. Mit der eigentlichen Hauptregel aber werden entweder Misverständnisse in der Anwendung veranlasst, nämlich, wenn nicht nähere Bestimmungen hinzugefügt werden, oder diese ergeben zugleich, dass jene mit ihnen nur einen beschränkteren Kreis von Fällen umfasst, welcher vielmehr als ein besonderer erscheint, s. Anmerk. 58, während die Hauptmasse ausserhalb desselben steht. Es ist denn für diese die Prästationspflicht der *culpa levis* mittelbar und stillschweigend auch von denen, welche von der gedachten Unterscheidung ausgehen, gar nicht in Abrede gestellt, und es folgt überhaupt aus der allgemeinen Natur der Obl. die Prästation jeder *culpa* ohne Ausnahme, was namentlich das R. R. für *str. jur. a.* darin anerkennt, dass es für diese gar keine Grade der *culpa* gab, sondern diese nur für *b. f. a.* berechnet waren, fr. 91. pr. *de V. O.* *Elvers l. l.* p. 73 sqq. Bethmann-Hollweg Ausg. von Hasse's Culpa S. 572 f. Ich folge daher denen, die hiervon ausgehen, s. namentlich Hänel a. a. O. S. 38. Puchta §. 267. z. A., und stelle Regel und Ausnahmen an die Stelle jener Dop-

einer Gemeinschaft von Rechten und Vermögensinteressen zwischen Zweien oder Mehreren bestehen[53], bei der Obligation des Ehemanns rücksichtlich des Heirathsguts[54] und der Verwaltung der Paraphernalgüter der Frau[55], und der des Vormunds aus der Verwaltung des Mündelvermögens[56], genügt der Grad der Beflissenheit, welchen diese Personen auf ihre eigenen Angelegenheiten gleicher und ähnlicher Art zu verwenden pflegen, so dass also dieselben aus den der *culpa levis* beizuzäh-

pelregel, welche zwar in den cit. Fragm. in einer gewissen Allgemeinheit hin und wieder anerkannt ist, indessen doch immer nur in Verbindung und Anwendung auf den gedachten beschränkten Kreis.

53 Fr. 72. *Pro socio*, fr. 25. §. 16. *Famil. ercisc.*; die letzte Stelle setzt den Grund darin, dass der, welcher in Anspruch genommen wird, selbst Theil und Interesse an der Sache hat. Vgl. Hasse §. 69. 70. Pfordten civil. Abh. S. 317.

54 Fr. 17. pr. *de J. D.* fr. 24. §. 5. *Soluto matrim.*; als Erklärungsgrund erscheint das eigenthümliche Verhältniss des Manns zur *dos*, welches noch über das einer *communio* hinausreicht.

55 C. ult. in f. *de Pactis conv. tam etc.* Als Grund dieser Ausnahme ist die Verwandtschaft der Parapherna mit der *dos* zu betrachten, vielleicht auch, dass das eheliche Band keine so strenge Beurtheilung der Obl. als zulässig erscheinen liess, wie zwischen anderen Personen.

56 Fr. 1. pr. *de Tutelae.* Als Grund ist anzuerkennen, dass der Vormund genöthigt ist, sein Amt zu übernehmen, und dass die, welche ihn bestellen, in seine Persönlichkeit, wie sie ist, konsentiren, welche er seinerseits darum nicht besonders zu eigenschaften, und wenn er in seinen Angelegenheiten etwas sorglos zu sein pflegt, nicht umzuwandeln braucht. Die scheinbar widersprechenden fr. 10. 33. pr. *de Administrat. et periculo* und fr. 3. §. 7. *de Contrar. tut.* haben Schwierigkeiten herbeigeführt, welche man mannigfach zu beseitigen bemüht gewesen ist. Ziemlich willkührlich erscheint Hänel's Versuch a. a. O. §. 41. [a]), welcher das fr. 1. *d.* nur von testamentarischen und *ex inquisitione* bestellten Vormündern gelten lassen will, wonach denn also der Vormund übrigens absolut für *levis culpa* haften würde. Vergl. auch die bei Hasse §. 71. [a]) referirten Interpretationen. Nun erhält aber 1) diese ganz direkt und völlig unzweideutig sprechende, noch dazu an die Spitze des Titels gesetzte Stelle eine fernere gleiche Unterstützung aus fr. 32. §. 6. *de Administr. tut.* u. Nov. 72. c. 8. 2) Eine indirekte, aber darum nicht minder überzeugende Bestätigung erhält deren Inhalt durch die in fr. 53. §. 3. und fr. 85. *de Furtis* enthaltene *arg. e contrario*, wonach der *tutor* nur dann für *diligentia* haftet, wenn er sich aufgedrängt hat; s. dazu Hasse §. 83. 3) Die cit. anderen Stellen aber ergeben nur und sind beziehungsweise neben den ersteren so aufzufassen, dass allerdings die vom Vormund zu prästirende *culpa* nicht blos eine *lata* sei, mithin eine so nachlässige *diligentia in suis*, welche mit diesem Begriff zusammenträfe, den Vormund nicht entschuldigen kann, wenn er *in rebus pupilli* gleich nachlässig gewesen wäre; dass dagegen die Vernachlässigung einer in eigenen Sachen gewohnten geringeren *diligentia* als *diligentis patrisfamil.*, m. a. W. als die höchste zu prästirende, *in rebus pupilli* verantwortlich mache, mit dieser *omissio* aber nicht gerade immer bis in das Gebiet der *lata culpa* hineingegriffen zu sein braucht, sondern der Schuldige noch innerhalb der *culpa levis* geblieben sein kann. (Vergl. Anm. 46 a. E.). Mithin haftet der Vormund m. a. W. für *culpa levis*, sobald er aber darthun kann, dass, wenn zwar eine solche begangen sei, er doch *dilig. quam suis* angewendet habe, so wird er freigesprochen. S. auch Hasse §. 71. und Rudorff Vormundsch.-R. Thl. III. S. 72. (s. auch dens. S. 73 ff. über die Fälle, in welchen der Vormund nur für *culpa lata* vermeintlich und wirklich haftet.) 4) Ueber die Stellen, in welchen es heisst, dass der Vormund für *dolus* und *culpa*, d. h. in dieser Verbindung *c. levis*, und dass er bis zum *casus* hafte, s. Hasse §. 50. 53., und §. 51. und 56. vgl. noch Rudorff a. a. O. [8]. 5) Ueber die Stellen endlich, nach welchen die Erben des Vormunds nur für *culpa lata* haften, (fr. 4. *de Magistrat. conv.* c. 1. *de Hered. tut.* u. s. w.) s. Hasse §. 72. 75. und Rudorff a. a. O. S. 42.; der Erklärungsgrund ist darin zu suchen, dass die Erben nicht so leicht den Beweis der Entschuldigung der *dilig. quam suis reb. adh. solet* zu führen vermögen, und also der Anspruch auf *culpa lata* begründet werden muss, wenn sie nicht härter, als der *tutor*, behandelt werden sollen.

lenden Fällen dann nicht mit Erfolg angegriffen werden können, wenn sie jenen Grad beobachtet zu haben erweisen können. Nur für *culpa lata* endlich braucht zu haften: beim Precarium der Empfänger der Sache [57]; bei allen durch Annahme oder Hingabe einer Sache begründeten Verhältnissen, in welchen hierdurch der Eine gar keinen Vortheil hat, sondern dem Anderen eine reine Gefälligkeit oder einen nur auf dessen Nutzen abzweckenden Dienst erweist, derjenige, welcher dieses thut, werde er übrigens daraus Gläubiger oder Schuldner [58]; bei den gerichtlichen Pfändern der in den Besitz eingewiesene Pfandgläubiger [59]; bei solchen Geschäften, wonach ein Dienst mittelst Anwendung einer Kunst oder Wissenschaft zu leisten ist, der Schuldner desselben [60]; bei der freiwilligen Besorgung fremder Angelegenheiten, deren man sich aus Theilnahme nur angenommen hat, um von dem Betheiligten drohenden Schaden abzuwenden [61]; endlich der Schuldner einer Sache, wenn der Gläubiger sich rücksichtlich der Annahme in Verzug befindet [62]. — Von diesen Ausnahmen unterliegt die für den Vormund, sowie die für den Depositar bestehende einer Beschränkung, wenn jener sich zur Uebernahme der Vormundschaft gedrängt, und dieser zur Annahme des Depositums sich freiwillig angeboten hat, und die in Ansehung des Geschäftsbesorgers einer ähnlichen, nämlich wenn durch das Auftreten des Geschäftsbesorgers sich ein Anderer hat abhalten lassen, sich der Sache anzunehmen, welcher gewisse Vernachlässigungen sich nicht würde haben zu Schulden kommen lassen; in diesen Fällen tritt die Regel von der Nothwendigkeit der Vertretung der vollen *culpa levis* wieder ein [63].

Wenn zwei Kontrahenten sich gegenseitig in Culpa befinden, so hat rücksichtlich der dadurch erwachsenen Forderungen soweit Kompensation Statt, als sie einan-

[57] Fr. 8. §. 3. 6. *de Precario*, fr. 23. *de R. J.* Die Erklärung dieses Unterschieds vom Kommodat, den die erste Stelle nicht genügend aufhellt, wird darin gesetzt, dass das Precar. der Schenkung nahe verwandt ist, fr. 1. §. 2. fr. 14. *de Prec.* Nach Anstellung des restitutor. Edikts freilich, also eingetretener *mora*, haftet der Schuldner auch für *culpa levis;* fr. 8. §. 6. *eod.*

[58] S. die Anm. [52] z. A. cit. Stellen, ferner fr. 18. §. 3. *Commodati*, (*sciens*, *sc. ignoranti*, coll. fr. 22. *eod.*) fr. 1. §. 8. 10. *Depositi*, fr. 1. §. 5. *de O. et A.* fr. 23. *de R. J.* fr. 108. §. 12. *de Leg.* I. (die Verbindlichkeit des Schenkers, deren in fr. 18. §. 3. *de Donat.* gedacht ist, gehört nicht hierher, indem der Beschenkte nicht *ex. oblig.* klagen kann, sondern dort an reine *a. doli* gedacht ist.) Sobald dagegen das Verhältniss auch einen Vortheil nach der anderen Seite hin gewährt, z. B. der Depositar Geld dafür empfängt, tritt Haftung für *c. levis* ein, fr. 1. §. 8. *d.* s. ferner fr. 18. pr. *Commodati*, und fr. 5. §. 10. *eod.* S. noch *Elvers l. l.* p. 14 sq. und vgl. unten §. 111. bei Anm. [15] und [16].

[59] Fr. 9. §. 5. *de Reb. auct. jud.* wegen der *mora* des Schuldners.

[60] Fr. 1. §. 1. *Si mensor.* Der Grund davon wird dort darin gesetzt, weil der Andere, welcher sich an einen nachlässigen oder unerfahrenen Menschen wendet, sich dies selbst zuzuschreiben hat. Die Ausdehnung vom *mensor* auf andere Künstler und Gelehrte wird keinem Anstand unterworfen. Mit den Versehen des Richters verhält es sich aus besonderen Gründen anders, s. §. 125. III. Dagegen hält Glück Komm. Bd. XI. S. 385. mit einigen älteren Praktikern, in Betracht, dass jetzt Feldmesser für Lohn gedungen zu werden pflegen, die *a. contra mensorem* überhaupt für unpraktisch, und die *a. conducti* für an deren Stelle getreten, so dass also auch *c. levis* jetzt prästirt werden müsse. Es ist hierzu durchaus kein Grund vorhanden, da der Lohn die *operas* nicht zu *illiberales* macht.

[61] Fr. 3. §. 9. *de Negot. gest.*

[62] Fr. 17. *de Periculo et commodo*, fr. 9. *Soluto matrim.* — S. übrigens noch Anm. [17] a. E. und *Elvers l. l.* p. 15 sq.

[63] S. 1, fr. 53. §. 3. *de Furtis*, vgl. Rudorff a. a. O. S. 71. A. 1. und Hasse §. 83. 2, fr. 1. §. 35. *Depositi.* 3, die unter 1) genannte Stelle in Verbindung mit fr. 6. §. ult. *de Negot. gest.*, denn das blosse *offerre* in der ersteren kann diesen Erfolg darum nicht haben, weil ohne ein solches eine *negot. gestio* überhaupt nicht möglich ist.

der erreichen[64]. Gegenseitiger Dolus in derselben Richtung und in Bezug auf denselben Gegenstand schliesst den von jeder Seite daraus erhobenen Anspruch aus[65], ebenso wird der Anspruch aus Culpa von der einen Seite aufgehoben, wenn dieser ein Dolus von der anderen gegenübersteht, nicht aber der aus letzterem, wenn dagegen ein Einwand aus ersterer möglich ist[66]. Zuletzt ist noch über den Beweis, dass und in wiefern die Entstehung des Schadens dem Urheber zuzurechnen sei, Folgendes zu bemerken[67]. Es steht fest, dass, sobald die Existenz des Schadens

[64] Fr. 10. pr. *de Compens.* vergl. jedoch §. 104. Anm. 1.

[65] S. ebendas.

[66] Fr. 45. §. 1. *de A. E.*

[67] In hohem Grad bestritten, da nur wenige Quellenzeugnisse vorhanden sind, ist die Beweislast der Culpa; s. die Lit. bei Weber über die Beweislast Nr. VI. §. 21.[83]. Eine Parthei behauptet, der Kläger habe immer die Verschuldung zu beweisen; eine zweite fordert umgekehrt vom Verklagten den Beweis, dass er ausser Schuld sei. Zwischen beiden finden sich eine nicht geringe Zahl Mittelmeinungen. Vor Allem ist daran zu erinnern, dass der Beweis an sich immer nur ein indirekter, d. h. auf Thatsachen gerichtet sein kann, aus denen dann schlussweise die Frage zu beantworten ist, ob und welche *culpa* vorliege. Das ist denn der Grund, weshalb hier dem richterlichen *arbitrium* ein fruchtbares Feld eröffnet ist, wobei auch Präsumtionen eine wichtige Stelle einnehmen. Für die Lösung der Hauptaufgabe kommt es hier im Allgemeinen darauf an, das einander gegenüberstehende Streitmaterial an Klagen, Exceptionen und Repliken in Ansehung des zu seiner Begründung erforderlichen Inhalts festzustellen, aber hier gerade sind Zweifel leicht möglich. Den allgemeinen Regeln von der Vollständigkeit der Partheivorträge, um Anträge darauf zu gründen, und denen von der Beweislast in Ansehung des gegenseitigen Vorbringens entspricht ohne Zweifel der Hauptsatz: dass, in sofern einem solchen Dolus oder Culpa als Voraussetzung zu Grunde liegt, dieser faktische Grund auch bewiesen werden müsse, sowie ferner, dass, wenn Jemand an sich begründete Ansprüche durch die auf besondere Gründe gestützte Behauptung, dass ihn die Schuld nicht treffe, abwenden will, er auch diese zu beweisen habe. In der Anwendung dieses Satzes muss nun, der Vollständigkeit und der besseren Einsicht in den Gegensatz wegen, I. hervorgehoben werden, dass, wenn Ersatz wegen aquilischer Culpa gefordert wird, auch der Dolus oder die Culpa (resp. Thatsachen, welche darauf zu schliessen nöthigen, was künftig wiederholt zu denken ist, wo ich mich im gegenwärtigen Zusammenhang dieser Ausdrücke bediene,) vom Kläger bewiesen werden müssen, fr. 18. §. 1. *de Probat.*, m. a. W., dass eine positive Handlung vom Angeschuldigten vorgenommen worden und diese mittelbar oder unmittelbar Ursache des entstandenen Schadens sei; denn da die *culpa* hier bis zum *casus* geht, so ist jede Thätigkeit *culpa*. Der Gegenbeweis würde darauf zu richten sein, dass der letztere gar nicht thätig geworden, also Zufall vorgewaltet habe, oder in Obl.-Verhältn., (s. Anm. 38) dass die billiger Weise (s. Anm. 45) zu verlangende grösste Achtsamkeit angewendet worden sei. Hierüber ist man jetzt (bis auf den Inhalt der cit. Anm. 38) einig. Vergl. auch Löhr a. a. O. S. 509. (Ob Göschen Vorles. §. 392. S. 72. a. M. sei, ist nicht ganz deutlich zu ersehen; ein weiter ausgedehnter Beweis ist nicht zu verlangen.) II. In Obligationsverhältnissen hingegen ist zu unterscheiden, welcher Grad der Diligenz in ihnen zu leisten, und also welche *culpa* zu vertreten sei. 1) In den Fällen nun, wo nur *culpa lata* zu prästiren ist, behauptet Hasse §. 57. dass, weil der bestimmte Grad der Schuld zum Klaggrund gehöre, also der Kläger sich darauf berufen müsse, er sie auch zu erweisen habe; ihm folgen z. B. Wening §. 240. (§. 9. a. E.) und Seuffert Erört. Bd. I. S. 119. Uebereinstimmend damit lehrt Löhr a. a. O. S. 506., dass dieser Beweis nicht blos durch den der Absicht erbracht werden könne, sondern es reiche hin, dass der Beschädigte darthue, dass sich der Andere nicht durch Irrthum entschuldigen könne, oder nur *minorem quam in suis dilig.* angewendet habe. Umgekehrt geht Göschen Vorles. §. 392. S. 72. davon überhaupt aus: „wenn der Kläger wegen unterbleibender Genügung der Verpflichtung von Seiten des Verklagten Schadensersatz fordere, so könne der letztere nur unter der Behauptung verweigert werden, dass eine Unmöglichkeit der Erfüllung entweder durch Zufall herbeigeführt sei, oder durch eine solche Verschuldung, welche der Beklagte nicht zu vertreten habe; dies habe dann derselbe zu erwei-

und des Obligationsverhältnisses, und nach dessen konkreter Natur die Verpflichtung zum Ersatz als Folge gewiss ist, der wegen nicht geschehener oder unvollkommener Leistung darauf in Anspruch Genommene die Forderung nur durch die Entgegnung abwenden kann, dass der Schaden entweder durch Zufall entstanden, m. a. W. ihm die Erfüllung seiner Obliegenheit nicht möglich gewesen sei, oder durch eine geringere Verschuldung, als er zu vertreten habe, m. a. W., dass er sich nicht in einer zurechenbaren Culpa befinde. In den Fällen nun, wo nur *culpa lata* zu vertreten

sen, c. 5. *de P. A.*" und knüpft daran die Modifikation, dass, wenn in den Fällen, wo nur *dolus* und *culpa lata* zu prästiren sei, die Thatsachen, von welchen der Beklagte wie gewöhnlich nachweisen müsse, dass sie ihn ausser Stand gesetzt haben, seiner Verpflichtung nachzukommen, von der Art seien, dass sie über das Vorhandensein des *dolus* oder der *c. l.* Zweifel übrig lassen, der Verklagte in der Regel die Vermuthung für sich habe, weil diese gegen den *dolus* spreche, nach fr. 18. §. 1. *de Probat.* c. 6. *de Dolo*, mithin der Kläger nun die Existenz eines *dolus* oder *c. l.* zu beweisen habe. Behaupte namentlich letzterer, dass dem Verklagten darum eine an sich *levis culpa* zur *lata* gereiche, weil er in eigenen Angelegenheiten sorgfältiger zu sein pflege, so habe dies der Kläger zu beweisen. Den letzten Punkt für jetzt bei Seite gesetzt, scheint auch Puchta §. 267. a. E. derselben Ansicht zu sein, dass der Beweis des Abhandenseins der Schuld, als *c. l.* gedacht, auf den Verklagten falle, indem er sich über die Beweislast in Bezug auf die *culpa* ganz allgemein in diesem Sinn ausspricht; ebenso schon Weber a. a. O. §. 20. 25., ferner ausdrücklich Schweppe Handb. §. 140. II. 2), beide unter Bezug darauf, dass sich die *levis c.* so wenig präsumiren lasse, als die *lata*, und dass, sobald (wie nicht bestritten wird, s. Nr. 2)) der Beweis der Leistung des höheren Fleisses wenn auf diesen, vermöge des konkreten Obl.-Verhältnisses etwas ankomme, vom Schuldner zu führen sei, sich nicht absehen lasse, warum nicht der des geringeren ihm auch obliegen solle, da doch immer aus den Obligat.-Verh. selbst geklagt werde. Mir scheint hier weniger mit abstrakten Gründen, als dadurch zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen zu sein, wenn man die Fälle durchdenkt, in welchen nur *c. lata* zu leisten ist, und die Frage stellt, unter welchen Umständen es hier zur Klage auf Schadensersatz kommen kann, und welche Angaben diese nothwendig voraussetzen muss? Doch wird es an folgenden genügen: soll z. B. gegen den Commodans nach fr. 18. §. 3. *Commodati* Klage angestellt werden, so wird schwerlich ein Anstand dagegen erhoben werden, dass in der Klage die Behauptung, *scivisse eum, vitiosa esse vasa*, nicht fehlen dürfe. Dass nun der Kläger im Fall des Widerspruchs die *scientia* auch beweisen müsse, das scheint mir kaum einem Zweifel unterliegen zu können; denn sonst würde man ja auch z. B. behaupten müssen, dass der wegen Fehlerhaftigkeit eines Kaufobjekts auf Rescission klagende Käufer nicht den Fehler zu beweisen brauche. Aus der Verpflichtung also im Fall der Fehlerhaftigkeit und der Obliegenheit, fehlerfrei zu leisten, folgt nicht die Nothwendigkeit, im Fall entstandenen Streits darüber, dem Verpflichteten den Beweis der Fehlerlosigkeit aufzubürden. (Vergl. auch Schmidt Klagen und Einr. §. 789.) Nehmen wir andererseits das Beispiel, dass ein Depositar eine Sache in einem verschlechterten Zustand zurückgiebt, oder ein deponirtes Thier todt ist, so kann dem den Ersatz dafür verlangenden Kläger offenbar nicht zugemuthet werden, die schädlichen Handlungen anzugeben und also zu beweisen, weil er ja diese möglicher Weise beim besten Willen nicht erfahren kann. Wer ihm ansinnt, die zur *culpa lata* erforderlichen Thatsachen anzuführen, also zu wissen, schneidet ihm die Klage ab. Sicherlich kann sich daher der Fall nicht anders gestalten, als dass der Verklagte hier erst die positiven Ursachen der Verschlechterung u. s. w. zur Sprache bringen und also behaupten muss, (vgl. Schmidt a. a. O. §. 798. [4]) es treffe ihn keine, also namentlich keine *lata culpa;* soll deren Beweis aber nicht ihm obliegen müssen? nicht ebenso gut, wie nach fr. 19. *Commodati* z. B. dem Kommodatar, welcher das vom Dritten der *res commodata* zugefügte *damn. injuria dat.* nicht zu vertreten hat, offenbar wie die Behauptung, so der Beweis obliegt, dass wirklich ein Dritter und nicht er es verursacht habe? Vergl. noch nachher unter Nr. 2) wegen *custodia.* Diese Reflexion hat mich zu dem Resultat geführt, welches der Text enthält. 2) Wegen der Beweislast in den Fällen, wo *culpa levis* zu prästiren ist, ist unter den Neueren kein Streit, dass diese aus dem im

ist, wird, um die Existenz des Schadens nachzuweisen, die Thatsache, welche ihn herbeigeführt, und woraus auf die Schuld geschlossen werden soll, meistentheils in der Klage enthalten sein müssen, wenn diese, und also der Anspruch selbst gegründet erscheinen soll; daher fällt die Beweislast derselben, als eines nothwendigen Theils der Klage, natürlich auf den Kläger. Nur in den seltenen hier möglichen Fällen, wo der spezielle thatsächliche Grund des Schadens darum nicht angegeben zu werden braucht, weil der Anspruch darauf aus der Existenz des Obligationsverhältnisses

Text angeführten Grunde niemals auf den Kläger falle, also namentlich auch dann nicht, wenn eine so grobe Nachlässigkeit zur Sprache kommt, dass *c. lata* begangen ist; der Kläger macht immer nur die Nichterfüllung des Kontrakts geltend, und es ist also Sache des Verklagten, zu behaupten, er befinde sich nicht in Schuld, oder m. a. W. es liege ein *casus* vor. Hierher gehören fr. 9. §. 4. *Locati*, fr. 1. §. 13. *de Magistr. conv.* fr. 11. *de Probat.* c. 5. *de P. A.* c. 1. *de Locato*, und c. 3. *de Probat.* Vergl. Weber a. a. O. §. 20. (24.) Seuffert a. a. O. S. 118. (s. diese auch darüber, dass selbst die — überflüssige — ausdrückliche Behauptung einer imputabeln Schuld in der Klage an der Beweislast nichts ändere,) Wening a. a. O. bei (a), Löhr a. a. O. S. 506 f. Im Besonderen ist hierbei zu bemerken, dass die Vernachlässigung der *custodia* zur *culpa levis* gehört, wenn sie nicht so gross war, dass sie in die *lata c.* hineinfällt. Im ersten Fall muss hier, wie gewöhnlich, der Beweis der Unschuld dem Verklagten obliegen. Im zweiten kann er allerdings ebenfalls aus dem Obl.-Verhältn. allein schon auf Rückgabe belangt werden, so dass der Verklagte es erst zur Sprache bringen muss, dass die Sache gestohlen sei. Dieser Einwand muss aber für die Fälle, in welchen nur *c. lata* zu prästiren ist, da diese nicht vermuthet werden kann, als kräftig erscheinen, so dass ihm durch die Replik der letzteren begegnet werden müsste, deren Beweis dann auf den Kläger fällt. Hierin wird dann gewissermaassen ein Theil des Klagegrunds nachgebracht, allein den Umständen nach muss dies zulässig sein, da der Kläger diese Wendung nicht voraussehen kann, und auf die Möglichkeit dieser Einrede nicht schon in der Klage Rücksicht zu nehmen braucht, durch jene vielmehr vielleicht erst den ihm bis dahin verborgen gehaltenen Diebstahl erfährt, und nun nach den näheren Umständen zu forschen Veranlassung erhalten hat; fr. 14. §. 3. *de Furtis* coll. fr. 18. §. 1. *de Probat.* S. auch Seuffert a. a. O. S. 120. Ist dagegen von einem Dritten dem Gegenstand ein *damn. injuria* zugefügt worden, so streitet für den zur *custodia* Verpflichteten die Vermuthung der Schuldlosigkeit, so dass es eines besonderen Grunds bedarf, um ihn der Schuld zu überführen, den der Kläger aufstellen und also beweisen muss. Vgl. auch fr. 19. *Commodati*, fr. 40. 41. *Locati.* In einem solchen Fall kann sich übrigens die Sache durch Exception und Replik ebenso gestalten, wie vorher bemerkt wurde, und muss den Umständen gemäss das Nachbringen des wesentlichen Theils des Klaggrunds in der letzteren gleicherweise gestattet sein. 3) Ueber die Beweislast in den Fällen der *dilig. quam suis* ist wieder Streit. Hasse §. 57. geht davon aus, „weil bei ihnen das *judic.* auf *c. levis* gehe, und die Beschränkung nur in einzelnen Fällen eintrete, müsse hier in der Regel jedes leichte Versehen verantwortlich machen, und präsumirt werden, dass der in Anspruch Genommene durchweg ein *diligens* zu sein pflege. Also sei *c. levis* zum Klaggrund hinreichend, und nimmermehr erforderlich, dass der Kläger sich auf den gewöhnlichen Fleiss des Anderen und dessen Vernachlässigung berufe, und mithin beweise, sondern der Verklagte habe hieraus eine Exception zu entnehmen und die Anwendung seiner gewöhnlichen Diligenz zu beweisen. In sofern jedoch die *omissio* der *dilig. quam suis* eine *c. lata* enthalte, müsse diese in den Fällen, wo nur letztere prästirt werde, auch vom Kläger behauptet werden, weil sie sich nicht präsumiren lasse, und dann falle auch die Beweislast auf ihn.“ Ebenso Seuffert a. a. O. S. 119 f., der für letzteren Fall die Behauptung des Verklagten, wie die Leistung und dass sie unmöglich geworden, und ihm dies nicht zur *c. lata* gereiche, als *exceptio*, und die Erwiderung des Klägers, dass jener nicht *dilig. quam suis* angewendet habe, als Replik näher nachweist. Göschen ist hier, wie schon weiter oben referirt worden, ebenfalls gleicher Ansicht. Dagegen hält es Löhr S. 510 f. für natürlicher, dass der Beschädigte immer zu beweisen habe, dazu aber sowohl der Beweis von vorher unter I. genüge, als der unter II. 1) nach seiner dort referirten Ansicht ausreichende. Er leugnet also m. a. W. die Existenz und die

und der blossen Nichterfüllung der schuldigen Leistung allein schon folgt, muss nothwendig der Verklagte den Grund geltend machen und also auch beweisen, aus welchem diese nicht geschehen, und somit, dass er deshalb nicht in *lata culpa* sei. In den Fällen hingegen, wo der Verklagte auch für *culpa levis* haftet, er also immer *in culpa* ist, wenn nicht Zufall eingetreten ist, braucht der Kläger die Culpa so wenig ausdrücklich zu behaupten als überhaupt zu beweisen, vielmehr ist es Sache des Verklagten, den Zufall zu behaupten und zu beweisen. Uebrigens steht dagegen dem Kläger wieder der Beweis zu, dass die eigentliche Ursache doch in einer vorausgegangenen Culpa liege[68]. In den Fällen endlich wo *diligentia quam suis rebus adhibere solet* ausreicht, ist die Klage nicht nothwendig darauf zu gründen, dass gerade diese vernachlässigt sei, und diese Behauptung als ein Bestandtheil derselben anzusehen, sondern nur auf das Obligationsverhältniss und die Nichterfüllung. Es ist also wie bei der vorigen Klasse von Fällen und mithin Sache des Verklagten, sich auf die Anwendung jener Achtsamkeit zu berufen und ihre Beobachtung zu beweisen. Dagegen ist es auch möglich, dass eine konkrete Klage auf solche Thatsachen gestützt werden muss, welche eine *lata culpa* in sich begreifen, und dann gelten auch die für die erste Klasse von Fällen, in welchen nur *culpa lata* zu vertreten ist, nachgewiesenen Regeln von der Beweislast.

III. Eine eigenthümliche Erweiterung des Inhalts einer Obligation entsteht zur Strafe für widerrechtliches Ableugnen und Verweigern der Erfüllung gewisser Forderungen.

a. Die Strafe des Leugnens besteht in folgenden drei Fällen darin, dass der Inhalt der Obligation sich dadurch auf das Doppelte erhebt[69]:

Nothwendigkeit des Einwands, *dil. quam suis* angewendet zu haben, indem deren *omissio* nach s. A. immer als *c. lata* erscheint. Wie ich diese Fälle auffasse, enthält der Text. Sobald, wie doch gar nicht zu leugnen ist, in ihnen eine Klage in der Art möglich ist, dass sie nur auf das Obl.-Verhältn. und die Nichterfüllung gestützt wird, so weiss ich nicht, wie und warum nothwendig ein weiterer Beweis der *culpa* (*lata*) auf den Kläger fallen müsse, es muss vielmehr dann offenbar die Sache sich so fortentwickeln, dass der Verklagte einwendet, er habe das gethan, was er nur zu vertreten habe, und mithin hat er dieses auch zu beweisen, nicht der Kläger die Verneinung. Der Beweis namentlich, welchen Löhr für „ausreichend" hält (s. unter II. 1)), ist unverkennbar so schwer, dass damit in den meisten Fällen etwas durchaus Unmögliches gefordert werden würde. Sind dagegen die Umstände eines konkreten Falls von der Art, dass die Klage ausdrücklich auf *c. lata* gestützt werden muss, so gelten freilich wieder die Regeln unter Nr. 1).

68 Vergl. *Elvers l. l.* p. 64 sqq. Löhr a. a. O. S. 507. fr. 5. §. 4. 7. 8. fr. 18. pr. *Commodati.* fr. 1. §. 4. *de O. & A.* §. 2. *I. Quib. mod. re.*

69 Ueber diese Strafen vgl. bes. C. Sell in s. Jahrbb. Bd. II. S. 1 ff. u. 175 ff. Nicht hierher zu rechnen sind diejenigen, wodurch keine eigentliche Modifikation des Inhalts der Obl. eintritt, sondern andere Nachtheile, namentlich Verlust von Exceptionen und anderen Einwendungen gegen Klagen, s. die in §. 29. Anm. 17 unter 1) cit. Stellen, ferner §. 52. 16 a. E. Die hierin enthaltenen Nachtheile kann ich nicht für unpraktisch halten (s. jedoch §. 89. Anm. 51 1)), nur der am letzten Ort nach Nov. 18. c. 10. gedachte ist dies aus prozessualischen Gründen, s. das., während er auf den Fall, dass die fragliche Exception, wie es sich gebührt, zeitig vorgeschützt worden, keine Anwendung leiden kann. Andere an sich schon antiquirte s. bei Sell S. 2. Auch nicht hierher gehört endlich der Verlust der Einrede der Zahlung für den, der den Empfang der Schuld leugnet, Nov. 18. c. 8. *in medio*, sowie der Fall in den Schlussworten ebendesselben, sondern es ist darin in dem Leugnen des Klägers ein besonderer Entstehungsgrund für eine *oblig.* als Strafe anerkannt. Vergl. dens. S. 42. Alle diese hatten zwar wie die obigen Fälle den Zweck, leichtfertiges und böswilliges Streiten durch Leugnen zu zügeln, indessen besteht nur unter den hier zusammengestellten drei ersten Fällen ein innerer Zusammenhang zugleich mit der ihnen eigenthümlichen *poena dupli.* Sell hat a. a. O.

1) wenn bei erhobener Klage wegen widerrechtlichen Schadens nach dem aquilischen Gesetz die Handlung in Abrede gestellt wird, welche den Schaden ver-

S. 45 ff. mit Erfolg nachzuweisen versucht, dass sie sämmtlich Nachbildungen der *caussa judicati* seien, welche im älteren R. R. ebenfalls dazu gehörte, im justin. R. jedoch nicht mehr dabei erwähnt wird, ihren Sitz aber in der *Lex Aquilia* haben. Ueberhaupt kommen in jenem noch mehrere, im letzteren antiquirte Fälle vor, und der Erklärungsgrund der *poena dupli* für alle ist der für sie im ältesten röm. Prozess aufgestellte Gesichtspunkt, dass der Schuldner in ihnen wie ein bereits Verurtheilter angesehen werden solle (vorausgesetzt, dass die Thatsache zutreffe, worauf das Schuldverhältniss als beruhend anerkannt wird), gegen welche in Folge der Exekution es ursprünglich zur Verurtheilung in *duplum* kommen könnte, wenn sie das Judikat leugneten. Die Frage freilich, warum gerade in diesen Fällen eine solche Strenge nöthig schien, lässt sich nur durch Vermuthungen beantworten. (S. darüber dens. S. 47 ff.) Im justin. Recht erscheinen sie nur als singuläre Rechtssätze, und als Motiv zur Einführung einiger neueren nur die allgemeine Ansicht, dass das Leugnen, und die in Folge dessen eintretende Nöthigung des Klägers zum Beweis (s. Anm. 73), in ihnen besonders tadelnswürdig und strafbar sei; für uns also sind sie isolirte Regeln, für welche nur der systematische Gesichtspunkt leitend wird, dass überall eine Modifikation des ursprünglichen Inhalts der Obligation eintritt. — Zu den im justin. R. übrigen zählt nun ders. S. 24 ff. ausser den drei obigen im Text auch noch die *a. judicati*, obwohl sie im Corp. Jur. nicht darunter ausdrücklich aufgeführt wird. Die Richtigkeit des Beweises zugegeben, so ist dies wenigstens für das heutige Recht ohne Bedeutung, da nicht nur die *a. judicati* durch das heutige Exekutionsverfahren vertreten wird (s. §. 34. 16—18), sondern auch ganz bestimmt die Praxis bei ihr die Strafe von jeher — zumal sie ebenso einstimmig von der Doktrin gar nicht im C. J. gefunden ward, — ignorirt hat. (S. dens. selbst S. 246.). Auch der praktische Werth der übrigen, im justinianeischen Recht wirklich vorkommenden, Fälle ist nun aber keineswegs ausser Streit. Sell a. a. O. S. 238. erörtert auch diese Frage, und gelangt für das gem. Recht zu ihrer Verneinung; „die Glosse habe zwar denselben anerkannt, das kanon. R. hingegen, da es die *a. leg. Aquil.* gegen die Erben gestatte, habe dadurch die Litiskrescenz verworfen. In Deutschland sei dieselbe ebenfalls für das gemeine Recht von den ältesten Zeiten an bestritten gewesen, obwohl in den einheimischen Rechtsquellen sich eine noch ungleich weitere Ausdehnung der Strafen des Leugnens als im R. R. finde; partikularrechtlich, namentlich in Ländern sächsischen Rechts, sei sie aber häufig anerkannt.“ Ich bemerke hiergegen Folgendes. Für das kanon. R. und seine Praxis kann ich augenblicklich allerdings nur ein Gegenargument anführen, indessen genügt es schon daran, es erkennt nämlich Durantis im *Specul. jur.* P. IV. part. 3. *de Deposito*, p. 225. Nr. 5. ausdrücklich die Klage auf das *duplum* aus dem *depos. miserabile* an. Uebrigens scheint mir auch Sell's Schluss nicht sicher. Was sodann das gemeine Recht betrifft, so ist in Seb. Brant's Clagspiegel fol. 76. für dieselbe Klage und fol. 90b für die *a. Leg. Aquil.* ebenfalls die Strafe des Leugnens ausdrücklich anerkannt. Wenn nun Sell zwar, selbst eine grosse Zahl nord- und süddeutscher Juristen anführend, welche die Litiskrescenz für praktisch halten, während andere, vielleicht zahlreichere, ältere und neuere, ausgenommen rücksichtlich des *legat. ad pias caussas*, entgegengesetzter Meinung sind, sich namentlich dadurch, den letzteren beizutreten, bestimmen lässt, dass die ersteren sich nirgends auf vorgekommene Fälle beziehen, und nur für das gedachte Legat der bejahenden Meinung beitritt, wofür solche Fälle vorkommen, so scheint mir auf jenen Mangel zu viel Gewicht gelegt zu sein. Selbst abgesehen von den für die bejahende Meinung sprechenden angeführten Argumenten steht m. E. überhaupt die Sache vielmehr so, dass eine übereinstimmende gemeine Praxis für die entgegengesetzte Meinung nachgewiesen werden müsste, um darzuthun, dass die römischen Bestimmungen nicht aufgenommen und praktisch, oder dass sie in *desuetudinem* gekommen seien; es lässt sich doch auch nicht annehmen, dass so bewährte Zeugen über den Rechtszustand und die Praxis ihrer Zeit, wie Berger, Mylius, Brunnemann, Lauterbach, Hofacker u. s. w. nicht aus der Erfahrung, also vorgekommene Fälle vor Augen habend, sprechen sollten. Nicht weniger dürfen auch die zahlreichen Partikularrechte aus sehr verschiedenen deutschen Territorien als Zeug-

ursacht hat[70]; 2) wenn der Empfang eines im Fall einer Gefahr, z. B. einer Feuersbrunst, eines öffentlichen Aufstands und dergleichen, in Verwahrung gegebenen Depositums geleugnet wird[71] (s. unter §. 112. bei Anm. [29].); 3) wenn der Empfang eines zurückgeforderten Gegenstands einem darüber ausgestellten

nisse und Ausdruck der gemeinrechtlichen Rechtsansicht angesehen werden, zumal sie theils alle römische Litiskrescenzfälle, theils, wenn nur einzelne, so doch stets ihnen angehörige aufzählen. Hiernach ist auch Savigny's Behauptung zu veranschlagen, dass die Strafe des Leugners ein eigenthümliches Institut des röm. Proz. gewesen sei, welches in den heutigen Prozess nie Eingang gefunden habe. Geschehen ist dies allerdings, und es kann sich daher nur fragen, ob mit Recht, oder nicht. Möglich ist es, dass der gemeinrechtliche Richter durch das Verschwinden des römischen Pönalklagen-Princips leicht zu dem Schluss des Verschwindens aller Privatstrafen geführt werden wird, und nicht zu leugnen ist es ferner, dass die *poenae dupli*, wie schon *Stryk Us. modern.* Lib. 16. tit. 3. §. 1. bemerkte, an vielen Orten und in vielen Gerichten ziemlich in Vergessenheit gerathen sind. Alles das aber kann doch einen Rechtssatz nicht hinwegschaffen und unpraktisch erscheinen lassen, dessen Anwendbarkeit sonst mit allgemeinen angenommenen Principien, — wie deren gegen die Strafklagen allerdings vorhanden sind, — nicht in Widerspruch stehen; und ist es nicht eine Inkonsequenz, dass gegen den Fall des *legat. ad pias caussas* und die Strafen, deren z. A. dieser Anm. gedacht worden, Niemand etwas einzuwenden hat? Rücksichtlich dieser bemerke ich nur noch, dass die nach der Nov. 18. c. 8. darunter angeführten andererseits vielleicht auch bestritten werden, doch finde ich nicht, dass es ausdrücklich und bestimmt geschieht. Die neueren Prozessualisten sind denn auch in der Anwendbarkeit der *poena infitiat.* einverstanden; s. z. B. Glück Komm. Bd. VI. S. 156. und die dort Gen. Martin §. 39. bei f) und die dort Gen. Weber Paraphras. dazu S. 194. Bayer Vortr. dazu, 7. Ausg. S. 68. Linde §. 118. a. E. Schmid Handb. der Proz. §. 69. unter 5) a. E. Mittermaier's Aeusserung in entgegengesetztem Sinn, in s. Prozessbeitr. Bd. I. S. 160 f., bezieht sich nur auf die Zweckmässigkeit dieser Strafen, und ist übrigens nicht geeignet, der anderen Ansicht Abbruch zu thun. Auch dass die Praxis sich für arbiträre Strafen anstatt der bestimmten römischen entschieden habe, wie manche behaupten, (s. z. B. Gneist formelle Vertr. S. 20. und die dort Anm. [5] Gen.) ist unerweislich. — In Verbindung mit dieser Lehre stehen noch folgende Punkte. Gewöhnlich wird behauptet: 1) dass die Nachtheile des Leugnens unter Eheleuten nicht eintreten, und zwar nach c. 2. *Rer. amotar.*, weil zwischen ihnen keine Pönalklage Statt findet, s. Glück Komm. Bd. X. S. 382. Nun sind zwar die Klagen mit *poena dupli infitiationis* keine eigentliche Pönalklagen, doch ist der Grund jenes Verbots wohl auch hier als ein solcher anzuerkennen; 2) nach älterem R. R. war der Vergleich in solchen Streitfällen ausgeschlosson, im neueren findet sich dieses Verbot nicht; die inneren Bezüge und der ursprüngliche Zusammenhang mit der *res judicata* genügen daher nicht, um ein solches noch als anwendbar erscheinen zu lassen; vgl. Sell a. a. O. S. 53—64.; 3) nach R. R. ist die *condictio indebiti* in den Litiskrescenzfällen ausgeschlossen, ausgenommen bei dem *depos. miserabile*, s. Sell S. 38. und in den erst von Justinian eingeführten Fällen, ders. S. 42. für das *legat. ad pias caussas* ist dies, wie für die *ex caussa jud.* geschehene Zahlung, anerkannt praktisch, für die *a. Leg. Aquil.* lässt sich ebenfalls das Wegfallen derselben nicht nachweisen, s. dens. S. 250 f. und die dort Gen. S. jetzt auch H. Witte die Bereicherungsklage, S. 94 ff.

[70] §. 19. 23. 26. *I. de Action.*

[71] Fr. 1. §. 1. *Depos.* §. 23. 26. *I. d.* Sell a. a. O. S. 31 ff. sucht zu beweisen, dass auch im justin. R. diese Strafe nicht gerade an das Leugnen geknüpft werde, dass vielmehr der *dolus* nur regelmässig darin sich zeigen werde, und das *duplum* also vielmehr schon wegen der blossen Verweigerung gefordert werden könne. Dieser Widerspruch ist nicht ohne praktische Bedeutung (s. Anm. [69]), indem danach dieser Fall zu b) im Text gehören würde. So triftig Sell's historisch-exegetische Gründe sind, so scheint mir doch die Bevorwortung der *infitiatio* in den Instit.-Stellen, und die Verbindung mit den übrigen Klagen, für welche die *infitiatio* Erforderniss ist, dogmatisch zu gewichtig, um sie ausser Betracht zu lassen.

Schuldschein entgegen, und wenn die Ausstellung des letzteren selbst geleugnet wird [72].

Um aber diese Strafen zur Anwendung zu bringen, ist vorausgesetzt, dass die Klagen aus jenen Verhältnissen selbst unmittelbar erhoben und nicht die desfallsigen Ansprüche gelegentlich anderer Klagen geltend gemacht worden sind; ferner, dass der verklagte Schuldner beim Leugnen beharrt, und dadurch den Kläger in die Nothwendigkeit versetzt, den Beweis zu führen, er kann also bis zu dessen Antritt noch nachträglich ein Geständniss ablegen, und dadurch die Strafe abwenden, und namentlich gilt das, wenn er einen ihm über den Klaggrund angetragenen Schiedseid verweigert, und selbst, wenn er ihn dem Kläger zurückschiebt, und dieser ihn leistet, indem hierdurch immer ein eigentlicher anderweiter Beweis erledigt wird. Es ist endlich für die beiden ersten Fälle vorausgesetzt, dass der Kläger die Strafe ausdrücklich beantrage, für den dritten dagegen hat sie der Richter von Amtswegen zu erkennen, und wenn er dieses unterlässt, persönlich dafür einzustehen. Zerstörliche Einwendungen kommen dem Verklagten neben dem Leugnen zur Abwendung des eigentlichen Strafbetrags nicht zu Statten [73]. — Wenn dagegen

72 Nov. 18. c. 8. wegen dessen Schlussworte s. Anm. 69 z. A.

73 Um die Strafe des Leugnens, gleich den übrigen Privatnachtheilen, deren Anm. 69 z. A. gedenkt, eintreten zu lassen, pflegt nach Glück Komm. Bd. I. S. 186 f. und den dort Gen. ausser dem Obigen noch erfordert zu werden: 1) dass der Verklagte vorsätzlich und wider besseres Wissen geleugnet habe, nicht blos aus Irrthum; dieser Unterschied ist schon von Aelteren als irrig und grundlos anerkannt, den sicheren Beweis s. bei Sell S. 198. Dagegen kann unbedenklich die Strafe dann nicht eintreten, wenn der Verklagte sich mit Nichtwissen auf die Klage einlassen darf, z. B. der Erbe, und dieses gethan hat; 2) dass er selbst und nicht sein Sachwalter ohne Auftrag und Genehmigung geleugnet habe, das versteht sich unbedenklich von selbst; was im röm. Prozess über den Defensor eines Abwesenden vorkommt, ist antiquirt; 3) dass wirkliches Leugnen geschehen sei, nicht Annahme desselben *in contumaciam;* 4) dass der Verklagte beim Leugnen bis zum Urtheil beharrt habe, und des Gegentheils überführt worden sei; dieser Beweis müsse jedoch durch andere Mittel, als durch des Klägers Eid geführt sein, sonst falle die Strafe weg, weil der Kläger dadurch von der Last weiteren Beweises befreit werde. 5) Dagegen sei nicht erforderlich, wie Viele wollen, dass der Kläger die Strafe ausdrücklich beantragt habe, vielmehr habe sie der Richter von Amtswegen auszusprechen. — Soviel die drei letzten Punkte betrifft, so ist, um eine sichere Grundlage zu gewinnen, die Gestaltung der Verhältnisse im römischen und namentlich im justin. Prozess hier zuerst in Betracht zu ziehen. Ich erkenne darüber die folgenden Resultate aus Sell's Untersuchungen (a. a. O. S. 175 ff.) als richtig an: nach fr. 30. pr. *de Jurejur.* findet die Klage nur auf das *simplum* Statt, wenn der Gläubiger das, was geleugnet worden, durch Eid erhärtet hatte, indem er nun dem Beweis überhoben war, dessen Last als Grund der *poena dupli* anerkannt wird, dass der Verklagte dabei Exceptionen oder sonstige Defensionen vorschützte, änderte an diesem Erfolg nichts. (Ders. S. 232 ff.) Dagegen halfen ihm solche nichts, wenn er leugnete und der Kläger den Beweis führte, auch wenn sie wirklich begründet waren. Als der Zeitpunkt, wo die Strafe des Leugnens durch die Existenz des letzteren Begriffs als Voraussetzung verwirkt ist, so dass durch späteres Zugeständniss dieselbe nicht wieder hinweggeräumt werden kann, erscheint die Litiskontestation (*arg.* fr. 26. §. 5. *de N. A.*), indem nun die Klageformel *in duplum* konzipirt ward. Der Moment der Litis Cont. hat auch im späteren röm. Prozess dieselbe Wirkung behalten. Für die im vorjustinianeischen Recht schon begründeten Litiskrescenzfälle ist ein Antrag auf die Strafe von Seiten des Klägers erforderlich, (fr. 1. §. 4. *de His qui effud.*) im älteren R. also eine in *duplum conceptio formulae*, im neueren ein Antrag in anderer Form, nothwendig also nach der Litis Cont. im Verfahren. Für die durch Nov. 18. c. 8. erst neu eingeführten Fälle hingegen ist verordnet, dass der Richter bei Vermeidung eigener Haftung die Strafe *ex officio* auszusprechen habe. Ward der Verklagte *contumax*, so ist, diejenige Gestaltung des Ungehorsams

4) im Fall einer gegen den Eigenthümer eines Thiers, welches Schaden angerichtet, auf Ersatz erhobenen Klage, der Verklagte der Wahrheit zuwider das Eigen-

vorausgesetzt, welche dem Versuch, praktische Resultate zu gewinnen, nur untergelegt werden kann, (d. h. aus dem späteren röm. Prozess, und wenn kein Defensor auftrat,) der Erfolg darum ganz derselbe, weil der Kläger nun ebenfalls den Beweis führen muss. Ueber den Eid ist demnächst Folgendes im Besonderen noch zu berücksichtigen. Die im älteren wie im jüngeren röm. Prozess über die Leistung desselben und seine Folgen bestehenden Gestaltungen und Möglichkeiten, namentlich die daraus entspringende und die ursprüngliche Klage vertretende *a. utilis* und die *in factum ex jurejur.* (s. darüber dens. S. 211 ff. 223 ff.), können als durchaus antiquirt zu dem uns hier interessirenden Zweck bei Seite gestellt werden. (Die Annahme der Möglichkeit, dass der Eid aussergerichtlich geleistet worden, und der Gläubiger, welcher ihn geschworen, anstatt daraus Klage zu erheben, zur ursprünglichen Klage zurückgreifend diese anstelle, kann hier auf sich beruhen; in sofern letztere möglich ist, würde allerdings vom Leugnen derselben das Nämliche gelten, wie wenn der Schwur gar nicht erfolgt wäre, indem nun dessen rechtlicher Einfluss nicht zur Sprache kommt. Angenommen, der Verklagte brächte ihn excipiendo vor, so ist wiederum ein Leugnen nicht möglich.) Nur der Punkt ist noch zu beachten, wenn der Verklagte den ihm zugeschobenen Eid verweigerte, ohne ihn zurückzuschieben; darin liegt ein Geständniss. Während nun nach älterem röm. Prozess, wenn es überhaupt noch dazu kam, d. h. es noch eines Urtheils bedurfte, m. a. W., wenn durch den Eid nicht schon auch die Summe festgestellt war, sondern nur eine Voraussetzung der *condemnatio*, die Klageformel nur das *simplum* betreffen konnte, weil jene Verweigerung nur *in jure* möglich war, ist nach neuerem Prozess nun auch *condemnatio in duplum* nicht mehr möglich, weil es zu einem Urtheil auch nicht mehr kam, sondern die Exekution schon aus dem Eid möglich war. Der vorhergedachte Unterschied des Inhalts des Eids aber war darum gar nicht mehr möglich, weil das Streitobjekt schon festgestellt sein musste, wenn es zur Leistung des Eids, dem ein Urtheil darauf (mit bedingt ausgesprochenen Folgen) vorangegangen sein musste, kommen sollte. (Vergl. dens. S. 231. vergl. mit S. 222.) Hiernach zeigt sich im neueren röm. Prozess also das eigenthümliche Resultat (Sell hebt es nicht ausdrücklich hervor, indessen ist kein Grund zu der Annahme vorhanden, dass er es leugne), dass die durch das Leugnen bei der Litis Cont. eingetretene Voraussetzung der *poena dupli* vermöge des in der Eidsverweigerung enthaltenen späteren Zugeständnisses wieder wegfallen kann. — Sind nun die Strafen des Leugnens überhaupt noch praktisch, so kann ein gleicher Werth auch den prozessualischen Bedingungen nicht abgesprochen werden, soweit sich diese im heut. gemeinen Prozess finden. In dieser Hinsicht sehe ich 1) keinen Grund, weshalb nicht, da derselbe für den Ungehorsamen das Präjudiz der negativen Litis Cont. hat, das R. R. anwendbar sein sollte; die Partikularprozessgesetzgebung, welche das umgekehrte Präjudiz angenommen hat, führt natürlich auch zu dem entgegengesetzten Resultat. 2) Ich finde ferner keinen Grund, warum der Richler immer die Strafe von Amtswegen aussprechen müsse; ob es sich erklären und rechtfertigen lasse, warum diese seine Pflicht auf die Fälle der Nov. 18. c. 8. beschränkt sei, ist gleichgültig, sobald dies einmal vorgeschrieben ist. Vermöge der Analogie kann es darum nicht geschehen, weil die Strafnatur einer solchen Ausdehnung entgegensteht und gar keine Nothwendigkeit für die Konsequenz spricht. 3) Der Antrag, soweit er also nothwendig ist, kann jeder Zeit bis zum Aktenschluss geschehen; sein eigentlicher Ort würde in der Replik sein, doch kann man ihn auch später nicht als ausgeschlossen betrachten, so wenig als ein eventueller in der Klage für unstatthaft erachtet werden kann. 4) Das entscheidende Moment ist die verneinende Einlassung, d. h. in dieser ist dasjenige Leugnen enthalten, welches gestraft werden soll. 5) Die römischen Regeln vom Eid sind unbedenklich ebenfalls anwendbar, nur ist darüber in Gemässheit der heutigen prozessualischen Voraussetzungen, wie es zum Eid kommen kann, zu bemerken, dass a) der Eid immer als ein dem Kläger referirter zu denken ist; b) dass der Eid principaliter angetragen sein muss, nicht eventuell bei anderweitem verfehlten Beweis, indem eben dessen Last als Grund der *poena dupli* erscheint, mithin c) auch bei geschworenem *suppletorium* die Strafe nicht cessirt; 6) Beweis peremtorischer Einreden bei

thum leugnet, so verliert er dadurch die Befugniss, sich durch Uebergabe des Thiers anstatt Schadensersatzes von der Klage losmachen zu können [74].

b. Die Strafe der Verweigerung kommt vor bei verweigerter Zahlung eines Legats zu frommen Zwecken, also sobald der Schuldner es nur zur Klage hat kommen lassen, und besteht ebenfalls in der Verurtheilung in das Doppelte [75].

IV. Der Inhalt einer Obligation kann endlich, wenn ihr zufolge eine Sache zu leisten ist, dadurch modifizirt werden, dass sich deren Inbegriff und Umfang durch Zufall verändert, zu welchem letzteren hier auch die in der Natur der Sache selbst liegenden Ursachen und Voraussetzungen gewisser Wirkungen und Folgen gehören [76]. Eine Veränderung dieser Art ist nun sowohl durch Erweiterung und Vermehrung des Gegenstands möglich, als andererseits durch Verminderung und Verschlechterung; der Zufall kann aber auch denselben ganz vernichten. Hiermit tritt dann die Unmöglichkeit der Leistung des Gegenstands ein, und da theilweiser Untergang dieselbe Wirkung theilweise hat, und Verschlechterung die ähnliche, dass der Gegenstand nicht in seiner früheren Beschaffenheit geleistet werden kann,

geleugnetem Klaggrund, den also nun der Kläger hat beweisen müssen, kann die Strafe auch nicht abwenden, nur kann diese freilich nur das *simplum* begreifen, das heisst das *alterum tantum*, während die Klage auf das ursprüngliche *simplum* wegen der Einreden abzuweisen ist. Unter Exceptionen sind hier auch diejenigen Umstände zu verstehen, welche nach R. R. die Klage *ipso jure* aufheben und jetzt nur in Form eines Einwands angebracht werden müssen, s. §. 32. I. a. E. Die Frage nun 7), ob auch abgesehen von dem Fall eines vom Kläger geschworenen, oder eines vom Verklagten einfach abgelehnten Eids, so dass Zugeständniss anzunehmen ist, ein später, nach geführtem Beweis, aber vor dem Urtheil noch erfolgendes Geständniss die Strafe abwenden könne, ist zwar unbedenklich zu verneinen, wie aber, wenn es vor dem Beweis geschieht? Da die Strafe nicht blos auf das Leugnen des Verklagten an sich gesetzt, sondern unter Rücksicht darauf überhaupt eingeführt ist, dass in Folge dessen dem Kläger die Beweislast aufgebürdet wird, also dabei stets an diese gedacht ist, so ist gewiss der Schluss gerechtfertigt, dass bis zum Antritt des Beweises auch ein später nachfolgendes Geständniss die Strafe noch abwende. Hiergegen liesse sich einwenden, dass der Kläger schon von der verneinenden Einlassung an auf seinen Beweis bedacht sein müsse, und also alle Last und etwanige Kosten davon schon vor dem förmlichen Antritt gehabt haben könne; dennoch scheint mir dieser Zeitpunkt als entscheidend angesehen werden zu müssen, weil darin sich die Nothwendigkeit erst wirklich zeigt, den Beweis selbst zu versuchen, und der Kostenersatz sich ohne allen Zweifel von selbst versteht. — Dagegen scheint mir die Anwendung gleicher Regeln auf die übrigen Privatstraffälle (s. z. A. dieser Anm.) weder durch irgend eine Analogie gerechtfertigt werden zu können, noch wird sich dafür eine entschiedene Praxis nachweisen lassen. — Es ist endlich noch zu bemerken, dass diese Strafen wirkliche Anstellung der betreffenden Klagen voraussetzen, sie also nicht gelegentlich anderer, mittelst welcher gleiche Ansprüche geltend gemacht werden können, z. B. *a. famil. ercisc.*, *heredit. petitio*, *rei vindicatio* u. s. w., eintreten, fr. 20. §. 4. *de H. P.* fr. 13. 14. *de R. V.* fr. 16. §. 5. fr. 17. *Famil. ercisc.* vgl. Sell a. a. O. S. 191 ff., ob auch nicht, wenn der Gläubiger die desfallsigen Ansprüche compensando geltend macht, lässt sich bezweifeln, die Analogie aber gebietet offenbar, auch diesen Fall ebenso zu beurtheilen.

[74] Fr. 1. §. 15. *Si quadrupes.* Hier entscheidet die Einlassung auf die Klage.

[75] §. 19. 23. 26. *I. de Action.* vgl. Sell a. a. O. S. 22 f. im ältern R. R. gehörte dieser Fall zu denen der Litiskrescenz, s. Anm. [69] z. A. Justin. hat ihn noch strenger als diese behandelt. Die Strafe ist verwirkt, sobald der Schuldner, wie §. 19. *d.* sagt, *in judicium vocatur*, der entscheidende Zeitpunkt muss also gegenwärtig auf die Insinuation der Klage gesetzt werden. Wegen der Schlussworte des §. 26. *d.* s. *Schrader Comm. ad h. l.* Dies leugnet Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 327. als praktisch.

[76] Fr. 1. pr. *de Periculo et commodo*, die Begriffe *fructus*, *partus*, *mors* lehren das von selbst, auch die *obventiones ex aedificiis etc.* (fr. 7. §. 1. *de Usufr.* fr. 34. *in f. de Usuris*) sind dahin zu zählen.

die Unmöglichkeit der Leistung durch Zufall aber als Folge die Regel nach sich zieht, dass dadurch die Verpflichtung zu jener erlischt, so ordnen sich alle diese Ereignisse unter den Gesichtspunkt der Aufhebung der Obligation, und sind also dem folgenden Kapitel zu überweisen. Hier ist mithin nur die Veränderung durch zufällige Erweiterung und Vermehrung übrig, also m. a. W. die Vortheile aus der Sache, das *commodum rei*[77]. Dieses umfasst die Accessionen oder Nebensachen in dem in §. 41. IV. entwickelten Begriff und Umfang, welche demnächst in §. 84. II. als Gegenstand accessorischer Leistungen im Besonderen berührt worden sind[78], soweit solche den Inhalt einer Obligation vermöge späterer, nach Entstehung derselben bis zur Leistung der Hauptsache eingetretener, Ereignisse im Vergleich zu der ursprünglichen und nächsten Auffassung des Inhalts und Umfangs des Gegenstands, überhaupt erweitern[79], und nicht schon anfänglich dazu gehören[80], und andererseits nicht durch andere Gründe, als durch Zufall entstehen. In sofern nun hierin eine objektive Erweiterung des Inhalts der Obligation eintritt, ist damit schon von selbst gesagt, dass dieses Commodum dem Gläubiger zu Theil werden müsse, indem sich seine Forderung über dasselbe von selbst ausbreitet. Ob aber eine solche Erweiterung als geschehen anzunehmen sei und wieweit, das ist, die thatsächlichen Erfordernisse vorausgesetzt, nur mit Rücksicht auf die Verschiedenheit der Obligationen, bei denen diese Frage ihrem Inhalt gemäss vorkommen kann, zu beantworten[81]. Immer vorausgesetzt ist die Leistung einer Sache: diese kann sowohl eine Zurückgabe einer vom Gläubiger dem Schuldner hingegebenen oder von diesem an sich genommenen Sache des ersteren[82], als die Uebergabe einer eigenen von Seiten des letzteren sein. Für Fälle der ersten Art kommt es wieder darauf an, ob der Schuldner vermöge des Obligationsverhältnisses den Zuwachs und Ertrag der Sache haben, und sie in sofern nutzen durfte und sollte, wie z. B. beim Pacht die Früchte, oder ob dies ganz und gar nicht bezweckt und nicht darin gelegen ist, wie z. B. beim Kommodat und Depositum. Trifft das Letztere zu, so versteht sich von selbst, dass die Forderung des Gläubigers jede Erweiterung des Gegenstands selbst umfasst, weil eben dem Schuldner gar nichts davon gebühren

[77] Vergl. die Pandektentitel XVIII. 6. und XXII. 1. An der im Text cit. ersten Stelle sind die dazu gehörigen Gegenstände zunächst in ihrem Verhältniss zur Hauptsache behandelt; dass sie aber sowohl bei *in rem* als *in person. act.* in Betracht kommen können, wurde schon §. 41. Anm. [11] a. E. bemerkt. Die Ausdehnung der auf den Kauf namentlich im ersteren Titel allein angewendeten Bestimmungen auf andere Fälle, welche die faktischen Voraussetzungen darbieten, ist darum ebenso wie die der über das *periculum* geltenden unbedenklich, weil dabei kein *jus singulare* des Kaufs vorgetragen wird, sondern jene bei ihm nur eine vorzüglich häufige Anwendung finden.

[78] S. dort namentlich Anm. [6b] über die Frage, in wiefern auf dieselben eine selbstständige Klage besteht, oder sie nur mittelst der auf die Hauptsache zugleich gefordert werden können.

[79] Vergl. Fr. 7. pr. *de Periculo et commodo* (*alluvio*) fr. 4. §. 1. (*partus*) fr. 38. (*fructus*) 39. (*foetus*) *de Usuris*, fr. 13. §. 13. *de A. E.* (*vecturae jumentor.*) S. übrig. noch Anm. [89].

[80] S. Anm. [83].

[81] Hiervon hängt zwar natürlich die Beantwortung der gewöhnlich mit der obigen zusammengeworfenen Frage ab, ob und in wieweit der Schuldner überhaupt Accessionen zu erstatten habe, also z. B. auch Zinsen und *fr. percipiendos;* indessen machen sich rücksichtlich dieser die Gründe ihrer Entstehung oder vielmehr der Verpflichtung zu ihnen, also namentlich *mala fides*, gesetzliche Anordnung und Verzug, als ein unterscheidendes Merkmal in sofern geltend, als sie danach hier von solchen zu trennen sind, die wirklich objektiv entstehen, und nicht blos in einer Verpflichtung bestehen, also nur durch deren Erfüllung erst realisirt werden.

[82] Ausser den nachher im Text selbst angeführten Beispielen gehören hierher ferner die Fälle der Kondiktionen, sowie die *negotior. gestio* durch vorsorgliche Verwahrung der Sache eines Anderen u. s. w.

kann. Der Umfang des Gegenstands wird dann durch ganz ähnliche Grenzen angezeigt, wie wenn seine Zurückgabe auf den Grund des Eigenthums in Anspruch genommen würde, nur wird das Nähere in den einzelnen Fällen, wie hier, je nach den eintretenden Begriffen des Besitzes im schlechten und guten Glauben, sowie nach den zu vertretenden Graden der Schuld bestimmt. Sollte dagegen der Schuldner gerade vermöge des Obligationsverhältnisses den Gegenstand nutzen dürfen, so ist die Natur des ersteren, oder die vertragsmässige nähere Bestimmung darüber maasgebend; mit den Erweiterungen, welche hiernach dem Schuldner nicht gebühren, verhält es sich dagegen so, wie vorher gedacht worden. Andere Grundsätze ergreifen in den Fällen der zweiten Art Platz; wenn nämlich der Schuldner dem Gläubiger erst eine Sache geben soll, so gehört sie bis zur Leistung ihm, und daher werden deren Erweiterungen, ihr Zuwachs und Ertrag, nothwendig ihm gehörig. Ist dies nicht ursprünglich und ausdrücklich als Inhalt der Obligation mitbestimmt worden, oder ist das als stillschweigend geschehen durch Auslegung anzunehmen[83], so müssen besondere Gründe vorhanden sein, wenn der Gläubiger kraft jener auch darauf soll Anspruch erheben können. Ein solcher besteht zuerst darin, wenn die Erweiterung mit der Hauptsache in eine äussere Verbindung getreten und so ein Bestandtheil dieser geworden ist[84]. Demnächst erscheint die widerrechtliche Vorenthaltung und Verzögerung der Leistung als ein Grund mit dieser Wirkung, so dass hier die Grundsätze des §. 93. maasgebend werden. Aber auch wenn dieses nicht, oder noch nicht eingetreten ist, so besteht ein gleicher Grund in dem Rechtssatz, dass der Gläubiger, da er die Gefahr der Verschlechterung oder des Untergangs der Sache durch Zufall zu tragen habe, zur Ausgleichung dagegen auch die Vortheile erhalten solle (*nam et commodum ejus esse debet, cujus periculum est*[85]), und welcher auch in dieser letzten Bestimmung da nicht ausser Anwendung tritt, wo aus besonderen Gründen, wie durch Beabredung und Verzug, die Gefahr auf den Schuldner übergeht[86]. — Zu den möglichen Fällen der Erweiterung von der zweiten Art ist auch noch die durch schädliche Handlungen Dritter in Bezug auf die Sache geschehene Begründung von Klagen zu rechnen, welche dem Schuldner zuständig werden, der dem Gläubiger für solchen Schaden nicht einzustehen hat. Der letztere kann nämlich deshalb die Abtretung der Klagen fordern, um sie selbst gegen den Thäter anzustellen[87]. Hat sie daher der Schuldner wider den Dritten bereits durchgesetzt, so kann der Gläubiger die Herausgabe dessen von jenem verlangen, was er vermöge derselben erlangt hat[88]. Dagegen ist dem Begriff des Zu-

83 Fr. 73. *de V. S.* fr. 43. §. 2. *de Leg.* II.

84 Fr. 7. pr. *de Periculo et comm.*

85 §. 3. *I. de Emt. vend.* fr. 10. *de R. J.* c. 12. *de Periculo et commodo*, von dieser Regel finden sich auch sonst viele Anwendungen im R. R. s. z. B. *l. de Legib. patron. tut.* und die bei *Schrader Comm. ad h. tit.* gesammelten Beispiele.

86 Die Regel ist also nicht so zu verstehen, dass ihr zweiter Theil als eine solche Voraussetzung erschiene, wonach, wenn diese in concreto wegfällt, auch jene ausser Anwendung trete, sondern sie ist nur danach für die gesammte Zahl von Fällen anerkannt, in welchen das *periculum* dem Recht nach (wenn nichts Anderes ausgemacht worden) den Gläubiger trifft. Der klarste Beweis, wenn es eines solchen bedürfen sollte, dass die Regel nicht mit der Negative umgedreht werden darf, ist aus der Lehre vom Verzug zu entnehmen. Es schweigen denn auch alle die Stellen, in welchen eine vertragsmässige Aenderung rücksichtlich des *periculi* erwähnt wird, von einer solchen Folge wegen des *commodi*, so z. B. fr. 35. §. 4. *de Contrah. emt.* fr. 1. pr. 10. pr. *de Peric. et comm.*

87 Fr. 14. pr. 80. pr. *de Furtis*, §. 3. *I. de Contrah. emt.* fr. 35. §. 4. *de Contrah. emt.* fr. 21. in f. *de Hered. vend.* fr. 13. §. 12. *de A. E.* fr. 11. §. 8—10. *Quod vi.*

88 Fr. 14. pr. *de Furt.* fr. 21. *in f. de Hered. vend.* Die letztere Stelle macht zugleich darauf aufmerksam, dass, in sofern der Schuldner

falls gemäs in beiden Klassen von Fällen derjenige Vortheil, welchen sich der Schuldner der Sache mittelst gemachter Rechtsgeschäfte mit Dritten in Bezug auf dieselbe verschafft hat, keine Vermehrung dieser selbst, und wird mithin nicht Inhalt der Obligation auf Leistung der letzteren, sondern es würde darauf ankommen, ob ein besonderer anderer Grund zur Entstehung einer besonderen Obligation auf Herausgabe solcher Nutzungen vorhanden ist; andererseits aber wird der aus der Sache selbst durch Rechtsgeschäfte vermittelte, ihrer Bestimmung entsprechende Ertrag, ebenso wie der gefundene Schatz, einer solchen Vermehrung gleichgeachtet[89].

etwas versehen hat, so dass er für die Sache selbst durchaus haften muss, ihm weder das Erbieten zur Abtretung der Klage, noch zur Herausgabe der erstrittenen *aestimatio* etwas hilft, es sei denn, dass er schon als *negotior. gestor* betrachtet werden müsste. Vgl. Glück Komm. Bd. XVII. S. 339 f.

89 Streng genommen gehören die beiden ersten obigen Punkte (ausser dem Schatz) nicht hierher, sondern es kann nur gefragt werden, ob sie überhaupt zu den Accessionen gehören; indessen wird der zweite dem eigentlichen *commodum* gleich beurtheilt, und der erste, der auch des Gegensatzes wegen zur Begrenzung des zweiten gehört, ist wenigstens ebenso wie auch dieser doch durch ein Ereigniss vermittelt, welches, soweit es von rechtlicher Relevanz ist, für den Gläubiger als Zufall erscheint. Ueberhaupt ist aber über diese Punkte folgendes Nähere zu bemerken. 1. Dass der Schuldner dem Gläubiger das nicht ohne besonderen Grund herauszugeben habe, was er durch Geschäfte in Bezug auf die Sache erworben, sei es, dass er diese überhaupt noch, oder wegen ihres Untergangs nicht mehr herauszugeben braucht, beweist fr. 21. pr. *de Hered. vend.* an dem Beispiel, dass, wenn der Verkäufer einer Sache, bevor er sie übergeben, und ohne *in mora* deshalb zu sein, nochmals an einen Anderen verkauft, und sie nun zufällig untergeht, z. B. ein Thier stirbt, er das Kaufgeld behalten könne, indem dieses nicht *ex re*, sondern *propter negotiationem percipitur.* Als ein solcher besonderer Grund ist nach derselben Stelle die *negotior. gestio* anerkannt, wenn diese den Umständen nach anzunehmen ist. Ein anderes Beispiel wäre das, wenn der, welcher eines Anderen Sache vertragsmässig zu einem bestimmten Zweck hat, von derselben einen vertragswidrigen Gebrauch macht, um Gewinn daraus zu ziehen, also das *furtum usus*, s. z. B. fr. 48. §. 4. fr. 40. 54. pr. §. 1. fr. 82. pr. fr. 76. pr. *de Furtis*, fr. 16. *de Condict. furt.* fr. 5. §. 8. *Commodati*, denn es ist dabei leicht möglich, dass der Gläubiger kein Interesse nachzuweisen vermag, indem er für seine Person den Gewinn vielleicht gar nicht beabsichtigt hat, und darin allein, dass der Andere ihn überhaupt gezogen, kein Grund liegt, ihn herausgeben zu müssen. Denn wenn z. B. der Kommodatar eines Reitpferds dieses vermiethet, oder der eines Gemäldes dieses hat für Geld sehen lassen, der Kommodant aber niemals einen solchen Gebrauch davon zu machen beabsichtigt hat, so kann zwar möglicher Weise eine Injurie darin enthalten sein, allein ein Grund, das Miethsgeld zu fordern, ist nicht vorhanden. Ebenso, wenn z. B. sich Jemand hat auf Stein zeichnen lassen und diesen einem Steindrucker giebt, um die Abzüge zu machen, letzterer aber davon auch für sich welche macht, und diese verkauft, während jener nur seinen Freunden damit hat wollen Geschenke machen. Es kann also leicht sein, dass ein Vermögensinteresse hier gar nicht verletzt wird, was für die Klage, *a. furti* oder *condictio furtiva* wegen des *furtum usus*, durchaus erforderlich ist, (vergl. Heffter Krim.-R. §. 508 [2]) und jetzt, da sie nur auf Ersatz und nicht mehr auf Strafe geht, um so mehr. 2. Anders verhält es sich mit demjenigen allerdings auch durch Rechtsgeschäfte mit Dritten erst möglichen Ertrag einer Sache, welche deren Zweck und Natur entspricht, und weshalb man diese überhaupt zu haben pflegt; so z. B. *vecturae jumentorum* nnd *navium*, s. fr. 13. §. 13. *de A. E.* Auch dieser wird in fr. 62. pr. *de R. V.* und fr. 13. §. 1. *Commodati* auf die Regel vom *periculum* zurückgeführt, weshalb denn Zinsen von Geldern, die der Schuldner ausgeliehen hat, nicht hierher gehören, obwohl er selbst aus anderen Gründen dergl. schuldig werden kann. Zwar wird gegen diese Natur der Mieths- und Pachtgelder aus fr. 13. §. 11. *de A. E.* ein Zweifelsgrund geschöpft, indessen ist wohl die Auslegung dieser Stelle unstreitig die richtige, dass darin nur von verfallenen Pachtraten die Rede ist, die dem Schuldner verbleiben, s. auch Glück Komm. Bd. XVII. S. 196.[74]

§. 102.
Betheiligung dritter Personen bei Obligationen.

Unter dritten Personen sind hier solche zu verstehen, welche an der Handlung selbst oder dem Ereigniss, wodurch eine Obligation entsteht, keinen Antheil haben, für welche also der obligatorische Grund nicht eingetreten ist. Die Betheiligung kann ganz allgemein verstanden werden, nämlich von einem Thätigwerden, einem Handeln in Bezug auf die Entstehung der Obligation zwischen anderen Personen; in diesem Umfang ist sie nicht ausgeschlossen, vielmehr ist eine Mitwirkung Dritter beim Zustandekommen einer Obligation, absichtlich, z. B. die der Unterhändler und Mäkler, oder unabsichtlich, wie der Boten, durch welche Abwesende brieflich verhandeln, in mannigfaltigster Weise möglich [1]. Diese Personen stehen vielmehr mit

nach den dort Gen. (obwohl ich seine und deren absolute Gleichstellung der *fructus civiles* und *naturales* nicht theilen kann, s. §. 41. Anm. [36]), denn es steht nicht nur gar nichts entgegen, die Stelle so aufzufassen, sondern die unmittelbare Verbindung mit den in §. 10. vorangehenden *fructus maturi* (welche in den Basil. Lib. XIX. tit. 8. *h. l.* noch enger in Einem Satz hervortritt) nöthigt auch dazu um so mehr, als ja doch die *vectura* auch nichts Anderes als *pensio* ist, — und wie will man mit der entgegengesetzten Ansicht den Widerspruch lösen? S. auch noch fr. 39. §. 1. *de Leg.* I. Ich halte daher die hierauf gegründete Ansicht für richtig, welche den Miethzins und sonstige Einkünfte (fr. 7. §. 1. *de Usufr.* fr. 34. in f. *de Usur.*) nach dem in §. 41. Anm. [36] erwähnten Unterschied vertheilt. Ein Zweifel könnte hier nur darüber entstehen, ob das, was in der cit. Stelle in Anwendung auf den Kauf gesagt ist, auch auf andere Verträge ausgedehnt werden dürfe? Ich sehe aber keinen Grund, weshalb, wenn solcher Ertrag einmal dem *commodum*, wo auch nicht mit ausdrücklichen Worten, so doch in der That, gleichgesetzt wird, die Regel von der Balancirung des *commodi* mit dem *incommodo* nicht zur Anwendung kommen müsste. Ein sehr gewichtiges Argument dafür, wenn es dessen noch bedürfen sollte, gewährt fr. 62. pr. *de R. V.* Auch stimmt damit der vermuthliche Grund überein, weshalb die Fälle dieser zweiten Art anders als die der ersten betrachtet worden sind; hat nämlich eine Sache ihrer Natur und Bestimmung nach den Zweck, durch Verpachtung genutzt zu werden, oder bietet sie die Möglichkeit dazu dar, und ist der Ertrag wirklich bezogen worden, so ist darin ein Aequivalent und ein Maasstab für die Summe des Interesses, in dem nun zugleich die thatsächliche Voraussetzung des *lucrum cessans* ausser Zweifel liegt, gegeben, welche als ein Minimum auf allen Fall muss in Anspruch genommen werden dürfen. Und ein solches Interesse ist natürlich nicht blos beim Kauf allein möglich. Der Uebereinstimmung wegen erinnere ich noch daran, dass auch in anderen Verhältnissen, wie namentlich in Folge der *rei vind.*, der Klage wegen vorenthaltenen Niessbrauchs und der geforderten Herausgabe von Erbschaften und Fideikommissen, andere Intraden aus der Sache ausser Zinsen von selbst angelegten Geldern, welche zu den sog. Civilfrüchten gerechnet zu werden pflegen, und darunter ausdrücklich die Miethsgelder den *fructus* rücksichtlich der Verpflichtung zur Herausgabe gleichgesetzt werden; s. z. B. fr. 62. pr. (unter ausdrücklicher Hinweisung darauf als Grund, dass den *petitor* auch das *periculum* treffe,) 64. *de R. V.* fr. 26. 58. pr. *de Usufr.* fr. 19. pr. §. 1. *de Usur.* fr. 58. §. 5. *ad Sct. Trebell.* 3. Wegen des Schatzes ist für die Fälle der Uebergabe eines fremden Grundstücks viel gestritten worden, s. Glück a. a. O. S. 190 ff., für die bejahende Ansicht sprechen überwiegende Gründe.

[1] Fr. 1. §. 1. *Mandati*, fr. 15. *de Pecun. const.* fr. 1. §. 11. *Depositi*; vielleicht ist auch fr. ult. *Pro socio* so zu verstehen; (vgl. darüber noch Anm. [4] a. E.) s. §. 17. bei und in Anm. [56] u. ff. u. §. 96. I. 1. vergl. auch Mühlenbruch Cession S. 108 ff. über die Erfüllung der Obl. durch Dritte s. §. 90. z. A. Vergl. hierüber jetzt auch Jhering Jahrb. für Dogmatik u. s. w. Bd. I. S. 274 ff. Dieser hat die sämmtlichen denkbaren Fälle der „Mitwirkung für fremde Rechtsgeschäfte“ unter dieser allgemeinen Ueberschrift einer Erörterung unterzogen; er

den Interessenten, einem oder beiden, in einem besonderen Verhältniss, bleiben aber ausser Berührung mit der zwischen diesen entstehenden Obligation. In einigen anderen Fällen dagegen kann unmittelbar durch Handlungen gewisser Personen, namentlich durch unerlaubte, eine Obligation zwischen dem, wider welchen sie gerichtet ist, und einem Anderen, der jene darin aus besonderen Gründen zu vertreten hat, entstehen, und zwar so, dass deren Handlungsweise gerade eine Voraussetzung zur Entstehung dieser besonderen Obligationsart ist; diese Fälle erscheinen also als ganz eigenthümlich geartete, von ihnen wird weiterhin noch die Rede sein (B. 2.).

klassifizirt sie als: 1) faktische Theilnahme („Gehülfe", z. B. der Bote mit mündlicher Bestellung,) mit rein physischer Dienstleistung; 2) juristische Theilnahme, und zwar a. im eigentlichen Sinn, neben dem Principal (z. B. die gesetzlichen Solennitätszeugen, der Vormund bei *auctoritatis interpositio*, nothwendige Mitwirkung der Obrigkeit bei gewissen Geschäften u. s. w.); b. anstatt des Principals („Ersatzmann"), aber nicht in dessen Namen, wenn Jemand nicht als Kontrahent hervortreten will, sondern anstatt seiner ein Anderer, zwar nicht als Stellvertreter, sondern äusserlich ganz wie für sich, jedoch innerlich nur im Interesse des Principals das Geschäft mit dem Dritten schliesst; 3) Stellvertretung, oder Abschluss des Geschäfts anstatt und im Namen des Principals. — Diese Zusammenstellung (in welcher übrigens der Mäkler fehlt) hat keine systematische Bedeutung, und das ist auch wohl nicht ihr Zweck; es fehlt diesen Verhältnissen auch ein gemeinschaftliches doktrinelles Element, sie sind einander zum Theil innerlich fremd. Im Besonderen verhält es sich mit den ersten beiden (resp. drei) Klassen so. Die der ersten angehörigen Personen wirken nur physisch, wie ein Werkzeug zwischen den Kontrahenten, daher weder ihre Handlungsfähigkeit, noch, wo davon etwas abhängt, ihr Wissen in Betracht kommt; vgl. Bd. I. §. 17. bei Anm. 55 und die Anm. 57. Dadurch, wie sie bei Ausrichtung des ihnen gewordenen Auftrags verfahren, können sie allerdings möglicher Weise selbst verpflichtet werden, (also der Principal nicht) das ist indessen Sache für sich, vgl. §. 113. bei und in Anm. 31 ff. u. 59 und §. 96. Anm. 13. Möglich ist ferner, dass weder sie noch der Principal aus dem Geschäft haften, in sofern dieses weder für sie, noch für den letzteren als abgeschlossen zu betrachten ist, dennoch aber der Dritte aus der irrigen Ausrichtung von Bestellungen u. s. w. einen Nachtheil (z. B. durch Verpackungs- und Versendungskosten) leidet. Für einen solchen Fall will Thöl Handelsr. Bd. I. §. 25. a. E. eine *a. doli* gegen den *nuntius* statuiren, die doch aber für blosse *culpa* nicht passen würde. Jhering will, in Betracht „der es erfordernden Billigkeit", und im Mangel anderer Hülfe, den Begriff des *damnum injuria datum* hierher ausdehnen. Dies halte ich für ganz unstatthaft und muss ich auch das Motiv für ungerechtfertigt halten. M. E. bleibt nichts übrig, als, in sofern die blosse faktische Theilnahme (des Boten u. s. w.) keine Handlung desselben im Rechtssinn (§. 17. z. A.) ist, einen dem Dritten in Folge dessen erwachsenen Schaden als *casus* zu betrachten. Unter Umständen, und besonders, wenn es sich nicht blos erst um Eingehung eines Geschäfts handelt, mögte übrigens auf beiden Seiten mangelnde Vorsicht bei der Wahl, und beziehungsweise der Einlassung mit dem Boten, den Begriff der *culpa* herzustellen, ausreichen. Vergl. §. 96. Anm. 18a. — Von den in der zweiten Klasse unter a. aufgeführten Personen gehört der Vormund nach heutigem Recht vollständig zu den Stellvertretern; s. nachher bei Anm. 24 und 77; die übrigen leiden keinen Vergleich mit den hier in Betracht fallenden Personen. Das Nämliche gilt von dem unter b. erwähnten „Ersatzmann." Denn da die Richtung und Beziehung des Geschäfts auf den Principal nirgends hervortritt, sondern etwas rein Inneres und Subjektives ist, die Wirkungen desselben auf den Principal auch nur im gewöhnlichen Weg (Cession u. s. w.) übergehen können, so hat jene so wenig Berechtigung zu einer besonderen juristischen Charakterisirung, wie das Motiv eines der beiden Paciscenten zum Kontrahiren überhaupt irrelevant ist. S. nachher zwischen Anm. 47 und 48 und vgl. §. 129. bei Anm. 30. — Seitdem dies niedergeschrieben worden, hat Scheurl in den Jahrb. für Dogmatik Bd. II. Nr. I. die Jhering'sche Abhandlung einer kritischen Revision unterzogen, worauf dieser wieder das. S. 70 ff. replizirt, aber in der §. 96. Anm. 18a cit. Abh. seine obgedachte Ansicht zurückgenommen hat.

Unter der Betheiligung im engeren Sinn ist aber eine Ausdehnung der Wirkungen einer Obligation, deren Grund zwischen Zweien eingetreten ist, auf einen Dritten zu verstehen. Es liegt in der Natur der beiden Hauptarten ihrer Entstehungsgründe (§. 95. z. A.), dass eine solche Ausdehnung beiden zuwider sein würde. Soweit nämlich die Obligation im Willen und der Uebereinstimmung ihren Grund findet, kann ein Rechtsverhältniss nur zwischen denen entstehen, welche den Willen dazu haben und äussern[2], und ein Dritter also weder Gläubiger noch Schuldner daraus werden. Daher wird, wenn ein Paciscent sich gegen den anderen zu einer Leistung an einen Dritten verpflichtet, diesem letzteren keine Forderung daraus erworben[3], und dem anderen Paciscirenden nur soweit, als er ein Interesse an der Leistung an den Dritten hat[4]; nur durch Konventionalstrafen kann dieser Zweck mittelbar

[2] Hierauf fusst der römische Grundsatz in fr. 11. *de O. et A.* fr. 73. §. 4. fr. 74. *de R. J.* §. 3. 4. 19. *I. de Inutil. stipul.* Anwendungen davon s. z. B. in fr. 17. §. 4. 6. fr. 23. 27. §. 4. *de Pactis*, c. 25. *eod.* fr. 9. §. 4. *de R. C.* fr. 11. §. 6. *de P. A.* fr. 73. pr. *ad Sct. Trebell.* fr. 81. §. 1. *de Contr. emt.* c. 9. *Locati.* Nach fr. 14. §. 3. *Comm. div.* und fr. 16. §. 1. *Pro socio* findet eine Ausnahme darin Statt, dass, wenn ein Miteigenthümer sich anheischig gemacht hat, die Theilung des Gegenstands eine gewisse Zeit noch ausgesetzt sein zu lassen, der Singularsuccessor auch daran gebunden ist, während nach den zwei zunächst vorher cit. Stellen ein solcher an Verträge seines Auktors nicht gebunden ist, ihm aber auch solche nicht zu Statten kommen, s. fr. 136. §. 1. *de V. O.* und noch Anm. [10]. Der obige Grundsatz ist übrigens nicht blos römisch, sondern absolut richtig. Seine Auffassung ist es, welche in der Lehre des heutigen Rechts von der Stellvertretung bei Eingehung von Verträgen die neueren Schriftsteller vorzüglich beschäftigt hat; vergl. Buchka v. d. Stellvertretung S. 226. 230 ff. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 16 ff. Scheurl in der Münchner kritischen Ueberschau Bd. I. S. 337., m. a. W. wer eigentlich in den verschiedenen Fällen freier Stellvertretung jetzt als der Vertragsabschliessende zu betrachten sei.

[3] Fr. 38. §. 17. *de V. O.* fr. 110. *eod.* c. 6. *Si quis alteri*, c. 26. *de J. D.* S. folg. Anm.

[4] §. 20. *I. de Inutil. stipul.* fr. 38. §. 20. *rem pupilli salvam fore*) 21. 23. (Leistung der Schuld an den eigenen Gläubiger) 22. (bevorwortetes Interesse überhaupt,) *de V. O.* Vergl. Mühlenbruch Cess. S. 93 ff. bes. Anm. [195], auch über fr. 84. *Pro socio.* „Der Grund dieser Sätze beruht darin, dass Obligationen als Beschränkungen der natürlichen Freiheit nur soweit Rechtsschutz erhalten, als das Bedürfniss des Verkehrs ihn fodert; dieses Bedürfniss führt aber nur darauf, für den Handelnden, nicht auch für einen Dritten Rechte zu begründen.“ Savigny a. a. O. S. 76. s. fr. 38. §. 17. *de V. O.* fr. 11. *de O. & A.* Das Misverständniss, als wenn hier „römische Subtilitäten“ vorlägen, hat von jeher die Hinneigung dazu unter den praktischen Juristen genährt, von diesen Sätzen unter allerlei Vorwänden abzugehen, vgl. Glück Komm. Bd. IV. §. 343. und die dort Gen. Soweit nun diese darauf abzwecken, den Erwerb von Rechten durch Dritte, und darin, was in der That von den meisten gilt, eine Stellvertretung zu demonstriren, und dazu Ratihabition erfordert wird, ist gar keine Abweichung vom R. R. vorhanden, s. nachher I. A., sobald man nur wenigstens die Absicht, für den Anderen zu kontrahiren, voraussetzt. Damit verliert denn die Regel ihre Bedeutung; vergl. Buchka von d. Stellvertretung u. s. w. S. 165. 168. 210 ff. und die dort Gen. und Savigny a. a. O. S. 82. Dagegen aber ist die Meinung, dass Verträge für Dritte schon darum giltig seien, wenn sie eidlich bestärkt, oder zum Besten frommer Stiftungen abgeschlossen worden, (vergl. bei Thibaut §. 160. 7. Ausg.) als völlig grundlos zu verwerfen. Hierzu ist nun neuerlich sogar noch die gekommen, dass unter den Kontrahenten wenigstens selbst die zum Vortheil Dritter geschlossenen Verträge dann vollkommen gültig seien, wenn sie nicht das eigene Interesse zum Gegenstand haben, sondern das Dritter, und zwischen jenen Klagen erzeugen; s. Heyer Abhandl. Giess. 1841. S. 7 ff. Der versuchte Beweis beruht auf Irrthümern, sowohl rücksichtlich der Gegenbeweisstellen, d. i. derer für die richtige, von H. angegriffene Meinung, als der eigenen. Die letzteren namentlich bestehen darin: 1) es sei kein Erforderniss für die Gültigkeit der Verträge, dass die Kontrahenten ein eigenes Interesse daran haben, — denn die Beweisstellen (fr. 38. §. 17. *de V. O.* u. s. w.) sprä-

erreicht[5], sowie ein Dritter in der Eigenschaft in den Vertrag hineingezogen werden, dass der Schuldner an ihn soll Zahlung leisten, jener also sie soll gültig annehmen können[6]. Ebenso wenig kann ein Paciscent gültig versprechen, dass ein Dritter etwas gebe, thue oder leiste, d. h. er verpflichtet durch eine solche Zusage weder den Dritten, noch sich selbst[7]; das Versprechen aber, dafür sorgen, es bewirken zu wollen, dass dieses geschehe, begreift eine eigene Handlung[8] und ist also ebenso

chen ja nur von Eigenthümlichkeiten der Stipulationen. Dieser Fundamentalirrthum bedarf keiner Widerlegung. (Vergl. §. 96. Anm. 3 a. E. unter 1,) 2, fr. 7. *de Servis export.*, worin *affectionis ratio* und *quum beneficio affici hominem intersit hominis*, als Gründe der Erwerbung eines Rechts anerkannt seien. Hierbei ist übersehen, dass dieser Satz auch sonst nirgends verleugnet ist (s. §. 83. 1) 86. 22. 51), dass es aber dabei niemals an einem Geldinteresse für das Recht selbst fehlen dürfe, und in jener Stelle auch wirklich nicht fehle, s. darüber fr. 6. §. 1. *eod.*, worin die Meinung des fr. 7. modifizirt ist, und dazu Glück Komm. Bd. XVII. S. 208 ff. 3) Das *mandat. aliena gratia*, besonders nach fr. 6. §. 4. *Mandati*, welches jeden noch übrigen Zweifel zerstreue. Allein es ist nach fr. 8. §. 6. *eod.*, wie sich ohnehin von selbst versteht, immer ein Interesse erforderlich, um *a. mandati* anstellen zu können, vergl. über beide Stellen Glück Bd. XV. S. 248 f. und die dort Gen., und daneben *Schrader's*, *Comm. ad Inst. h. tit.* pr., Bemerkung zu beachten: *ceterum in hac tractatione id spectatur, quid alicujus proxime interest.* Es ist nämlich in dem *mandat. aliena gratia* stets eine *negot. gestio* des Mandanten für den Dritten enthalten, woraus der *mandans* durch die *a. directa* haftet, und wenn kein Grund für diese eintritt, auch die *a. mandati* [gegen den Mandatar] *cessat;* fr. 8. §. 6. *d.*, was denn natürlich für fr. 6. §. 4. *d.* ebenfalls gilt. Die von Heyer in d. Ztschrft. N. F. Bd. III. S. 1 ff. unternommene Vertheidigung gegen diese Zurückweisung seiner Ansicht, (wie gegen Vangerow's gleichzeitig mit mir geschehene Verwerfung derselben, Leitf. Bd. III. S. 290 f.) bei der der Verf. alle Haltung verlor, kann keinen Anspruch auf eine Erwiderung machen (s. z. B. S. 14—17.). — Der im Text vorausgesetzte Fall unterscheidet sich also (s. die Anm. z. A.) von den weiter unten folgenden Modifikationen der Regel dadurch, dass der Dritte zu keinem der Handelnden in einem Verhältniss der Stellvertretung steht. Die in Bezug auf dieses letztere in der Anwendung des R. R. in Deutschland und seine freiere Auffassung seit mehreren Jahrhunderten und namentlich in neuerer Zeit eingetretene Veränderung (s. Anm. 15 und 54) hat auf diesen Fall keinen Einfluss ausgeübt. „Es ist vielmehr in der heutigen Praxis kein Grund vorhanden, wodurch die Regel für denselben aufgehoben wäre, so dass nunmehr der Dritte, zu dessen Vortheil der Vertrag geschlossen worden, daraus ein Klagrecht erworben hätte, ohne dazu durch Auftrag oder Genehmigung in ein Verhältniss der Stellvertretung gekommen zu sein“, Savigny a. a. O. S. 83. Vergl. noch Buchka a. a. O. S. 188. und 192. und Beseler Erbvertr. Bd. 2. S. 73. Viele freilich trennen in der Darstellung diesen Fall nicht so von der Stellvertretung, wie es geschehen muss, was unwillkührlich zu einer falschen Theorie, oder falschen Anwendung einer an sich nur mangelhaften Theorie führt, und was darum öfters übersehen wird, weil der Fall selten so nackt und rein vorkommt, dass nicht spätere Genehmigung die Stellvertretung noch herstellt; dagegen ist die scharfe Unterscheidung z. B. dann vorzüglich wichtig, wenn die Vertragabschliessenden den Vertrag vor Eintritt einer solchen Genehmigung wieder aufheben. S. noch Anm. 8 a. E.

[5] §. 19. *I. de Inutil. stipul.* fr. 38. §. 2. 17. *de V. O.* S. §. 88. bei Anm. 9; also auch, wenn der schuldnerische Paciscent sich zu einer Leistung an den anderen für den Fall verpflichtet, dass er nicht an einen Dritten leiste.

[6] Vergl. §. 103. Anm. 49.

[7] Fr. 38. pr. §. 1. fr. 83. pr. *de V. O.* fr. 65. *de Fidejuss.* §. 3. 21. *I. de Inutil. stipul.*

[8] §. 3. *I. de Inutil. stipul.* fr. 81. pr. 83. pr. *de V. O.* fr. 18. 19. *Ratam rem*, fr. 5. *de Duob. reis.* Die beiden vorletzten Stellen, welche die *cautio ratam rem domin. habiturum* betreffen, reichen eigentlich über die Regel hinaus, da hier von keinem *se effecturum ut etc.* die Rede ist, und ähnlich ist es auch mit der *cautio alium sisti* in fr. 81. pr. *d.*, indessen sind diese, übrigens mit dem röm. Process zusammenhängende, Beispiele so aufzufassen, dass der Kavent selbst dafür haften wolle, wenn das Versprochene unterbleibe, indem er für diesen Fall allerdings haften musste. Die letzte Stelle endlich, wenn sie sagt: *alienas operas promitti posse*, ist auch

gültig, als wenn die fremde Handlung als Bedingung für eine eigene Leistung, oder

nicht etwa von einem Widerspruch gegen die Regel zu verstehen, sondern nur davon, dass es der Gültigkeit eines Versprechens keinen Eintrag thue, wenn es zur Leistung, wie z. B. bei einem Bauunternehmen, fremder Hülfe und Kräfte bedürfe. Auch fr. 14. §. 2. *de Pecunia const.* ist nur von einem *effecturum se* zu verstehen. — Glück Komm. Bd. IV. S. 208 ff. hält mit älteren Juristen die rechtliche Unmöglichkeit, Leistungen Dritter zuzusagen, für eine römische Spitzfindigkeit, die jetzt keine Anwendung fände; es sei vielmehr ein solches Versprechen immer so zu verstehen, dass sich der Promittent wenigstens alle Mühe geben müsse. Wie gewöhnlich durch solche Willkührlichkeiten und Irrungen sind denn hieraus neue Streitfragen entstanden, namentlich in der Richtung, wie sich die Sache gestalte, wenn die Mühe vergeblich gewesen sei? und es wird dann gar eine gemeine Meinung vorgetragen, wonach unterschieden werde, ob gesagt sei: man wolle dafür sorgen, sich alle Mühe geben, oder: es dahin bringen; und endlich als die richtige Ansicht die angenommen, welche unterscheidet, ob eine Intercession anzunehmen sei, oder nicht. Es ist fürs Erste mit Grund gar nicht zu bestreiten, dass das R. R. vollkommen anwendbar sei, und keine Gründe vorliegen, welche eine entgegengesetzte Auffassung der Verhältnisse rechtfertigen; es haben denn auch Praktiker vom bedeutendsten Ansehen, wie z. B. *Stryk Us. mod. ad Lib.* 45. *tit.* 1. §. 2. und *Pufendorff Animadvers. jur.* 61. §. 5., hieran von jeher festgehalten. Nun hat es zwar ferner seine Richtigkeit, dass eine mündlich oder schriftlich gegebene Zusage der Art je nach der Wahl der Ausdrücke eine verschiedene Auffassung und Auslegung erfahren könne, allein als Kriterien sind dabei strenge die festzuhalten, ob die fremde Leistung unter Zusage einer eigenen Thätigkeit dabei versprochen, oder ohne Erwähnung einer solchen schlechthin zugesagt worden ist; im ersteren Fall existirt eine wirksame Obligation, welche den Werth der Thätigkeit zum Gegenstand hat, im letzteren nicht. Dieser Werth kann nun nicht je nach der verheissenen Art der Thätigkeit verschieden sein, sondern es ist nur die Alternative möglich, dass sie überhaupt Werth hat, (*ejus quod interest,*) oder nicht, und zwar ist das erstere nur für den Fall anzunehmen, wenn, wie in den betreffenden Institutionen- und Pandektenstellen gesagt ist, versprochen worden, *effecturum, curaturum se*, d. h. die Verpflichtung übernommen ist, es zu bewirken, dahin zu bringen, dass die fremde Handlung geschehe; damit ist der Begriff: sich alle Mühe geben wollen, keineswegs identisch, ein solches Versprechen vielmehr schon wegen seiner Unbestimmtheit für nichtssagend zu erachten. — Besonderer Erwähnung in Bezug auf den im Text behandelten Fall von Anm. 3 an bedürfen hier noch die sehr häufigen Beabredungen, welche in Deutschland bei Gutsüberlassungen, namentlich von Eltern an eins von mehreren Kindern, besonders bei Bauergütern, zu Gunsten der übrigen Kinder, auch wohl anderer Angehöriger, vorkommen, und Zuwendungen und Auflagen mannigfacher Art zu enthalten pflegen, oft das ganze Erbtheil jener und in rechtlicher Hinsicht eine letztwillige Verfügung vertreten. Diese sind in rechtlicher Hinsicht aus deutschem Gesichtspunkt zu beurtheilen; vergl. Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 498. Pfeiffer prakt. Ausf. Bd. IV. S. 119 ff. S. jetzt auch Buchka a. a. O. S. 200 ff. und dens. S. 195 ff. wegen der in den hiermit verwandten Ehe- und Erbverträgen vorkommenden Beabredungen bezüglich Dritter. Auf jene deutschrechtl. Institute, namentlich die Abschichtungen und Abfindungen der Kinder bei Gutsabtretungen und die damit verbundenen Theilungsverträge, zwischen Eltern und grossjährigen Kindern bezügl. der Antheile der Minderjährigen (resp. setze ich hinzu: der nicht mitpaciscirenden Geschwister und auch wohl sonstiger im Gute gebliebener Angehöriger überhaupt,) ferner die Auszugsverträge und die Ehepacten in Betreff der Kinder erster Ehe, — obschon es dann selten an der gesetzl. Vertretung der minderjährigen fehlen wird, — wendet auch Busch in dem ganz neuerlich erschienenen, die Hauptfrage behandelnden Beilageheft zum Arch. Bd. 43. „den in der deutschen Praxis als feststehend zu betrachtenden Rechtssatz: aus Verträgen zu Gunsten Dritter entspringt für diese ein Klagrecht," an. Aber er beschränkt ihn auch, wenn ich ihn recht verstehe, darauf, während freilich seine allgemeine Fassung leicht Misverständniss erregen kann, indem er, unter Prüfung einer Mehrzahl von Erkenntnissen höchster deutscher Gerichte gegen die unzulässige Ausdehnung des Satzes sowohl in der Richtung, was ein *pactum in favorem tertii,*

das Interesse daran als eine solche in den Vertrag aufgenommen wird [9]. Hat eine Obligation dadurch Bezug auf einen Dritten mit erhalten, dass die Leistung an diesen alternativ oder kopulativ neben dem Kontrahenten ausgemacht und zugesagt worden ist, so kann sie im ersten Fall an ihn ebenso gut, wie an den letzteren selbst geschehen [9a], im zweiten Fall erwirbt der Dritte nichts aus einer solchen Zusage, der paciscirende Gläubiger erwirbt jedoch die Forderung nur zur Hälfte [9b]. Wäre umgekehrt der Dritte alternativ mit als Schuldner genannt, so wird er dieses nicht, sondern der Paciscent wird allein Schuldner des Ganzen; wenn kopulativ, so wird der letztere nur zur Hälfte Schuldner und ersterer ebenfalls gar nicht [9c]. — Nur wenn durch einen Vertrag in Bezug auf eine Sache etwas festgesetzt worden, wodurch das Rechtsverhältniss zu dieser selbst berührt wird, wie etwa der Verzicht dessen, der sich einen Eigenthumsanspruch beilegt, diesen nicht blos gegen den dermaligen Besitzer, sondern überhaupt gar nicht geltend machen zu wollen (*pactum in rem*), so kommt die Wirkung daraus auch dem Singularnachfolger des letzteren zu Statten [10]. Ingleichen kann, wenn ein Paciscent einen das Nichtgeltendmachen,

und wer ein Dritter, als, wann ein Interesse eines der Kontrahenten an ersterem vorhanden sei, polemisirt, und zahlreiche richtig und unrichtig entschiedene Beispielsfälle mittheilt, auch solcher Verträge, die nach R. R. zu beurtheilen sind. (Dieses Thema hängt zum Theil mit dem weiter unten in Anm. [132] besprochenen zusammen.) Da nun in der That hier die Hauptsache in die Kasuistik fällt, so vermag ich den gedachten Rechtssatz nicht als eine gemeinrechtliche neugebildete Regel zu betrachten, welche an die Stelle der auf römischem Boden erwachsenen getreten wäre, sondern vielmehr als eine, vermöge der besonderen Natur der gedachten deutschrechtlichen Verhältnisse für diese geltende besondere Regel, welche, soweit sie von der gemeinrechtlichen abweicht, ihre Wurzel darin finden möchte, dass Verträge dieser Art in gewisser Weise letztwilligen Verfügungen gleichstehen, und deren Zweck verfolgen, und also dem erbvertragsmässigen Element verwandt sind. Die von Busch S. 46 f. aufgezählten, als durch diese gewohnheitsrechtl. Regel begründeten sieben besonderen Normen mögten daher sämmtlich in diesem Kreis von Geschäften als richtig zu betrachten sein, — nur gegen die zweite, „dass der Promissar wegen einer dem Dritten ausbedungenen Liberalität auf Erfüllung klagen könne, wenngleich er selbst dabei vermögensrechtlich nicht interessirt sei," habe ich Bedenken und werden dabei die Umstände des konkreten Falls sorgfältig zu erwägen sein.

[9] §. 21. *I. eod.* fr. 38. §. 2. *de V. O.*

[9a] §. 4. *I. de Inutil. stipul.* fr. 56. §. 2. 3. fr. 141. §. 4. 7—9. *de V. O.* fr. 9. pr. 10. 12. §. 3. *de Solution.* Er ist *solutionis caussa adjectus*, s. §. 103. Anm. [51].

[9b] §. 4. *I. d.* fr. 110. *de V. O.*

[9c] Nov. 115. c. 6., welche dies in Anwendung auf das *constitutum* bestimmt und unbedenklich von einer allgemeinen Regel zu verstehen ist.

[10] Fr. 17. §. 5. *de Pactis.* Die letzte Hälfte dieser Stelle hat den älteren Auslegern (neuere berühren sie m. W. nicht,) viel zu schaffen gemacht. Die Basil. XI. 1. 17. ziehen *pact. in rem* und *in person.* ganz zusammen, und legen auch dem letzteren die Wirkung des ersteren bei. Der Scholiast Cyrillus leugnet dies dem Text ungeachtet als richtig. Die Glosse, welcher *Cujacius Op.* T. V. p. 60. und Andere, wie Duaren. Gothofred. u. s. w. beitreten, nimmt für das *p. in person.* gleiche Wirkung, aber nur während der Lebenszeit des Promissars an, weil er sonst an der Veräusserung der Sache verhindert sei. Dies wäre in der That kein Grund für die Beschränkung des *p. in pers.* auf die Person. Die Widerlegung dieser und noch anderer Meinungen s. bei *Schilter Exercit.* VIII. 15 sq. Dieser selbst geht davon aus, dass es verschiedene Abstufungen und Richtungen des *p. in pers.* gebe, es könne nämlich in Bezug auf den Gläubiger wie auf den Schuldner persönlich beschränkt sein, und im letzteren Fall wieder sowohl im Gegensatz seiner selbst zu seinen Erben, so dass die Wirksamkeit des *pacti* so lange dauere, als er lebe, er also bei Uebertragung der Sache durch Singularsucc. die *exc. pacti* cediren könne, hiervon sei der gedachte Schlusssatz zu verstehen, — als streng auf die Dauer seines eigenen Besitzes. Dass alle diese verschiedenen Gestal-

oder die Aufhebung einer Obligation bezweckenden Vertrag abgeschlossen hat, woran er und ein Dritter in sofern als Schuldner betheiligt sind, dass er diesen dafür zu vertreten und zu entschädigen hat, wie der Hauptschuldner im Verhältniss zum Bürgen, dieser Dritte daraus sowohl eine Einrede gewinnen, als jener selbst[11], und der erstere, auch in Ermangelung dieser Voraussetzung, selbst dann, wenn der Paciscent sowohl, als jener aus der Obligation haften, wie der Bürge als Paciscent gedacht und als Dritter der Hauptschuldner, oder ein Mitbürge, und ersterer für sich und diesen gemeinschaftlich paciscirt hat[12]. — Soweit ferner eine Obligation aus unerlaubten Handlungen entspringt, können solche nur den wirklich dadurch Verletzten zum Gläubiger und den Handelnden zum Schuldner machen[13], nur greifen hier die vorher schon erwähnten Fälle als Ausnahme und ausserdem noch einige andere Gesichtspunkte ein. Für die diesen beiden analogen Entstehungsarten gilt dasselbe; die dritte Hauptart, die zufälligen Ereignisse und Zustände, schliesst ebenfalls eine Wirksamkeit für und wider Dritte aus, indem jene für diese nicht eintreten, das dadurch begründete Verhältniss vielmehr nur auf die beschränkt bleibt, zwischen denen es entstanden ist. — Diese Regel hat jedoch durch zusammentreffende andere Rechtssätze und Rechtsinstitute vielfache bedeutende Modifikationen erfahren, so dass der Erwerb und die Entstehung von Obligationen für Dritte durch Handlungen Anderer einen sehr wichtigen Platz unter dem rechtlich bedeutsamen Handeln für Andere überhaupt (s. §. 17. B. b. 3.) einnehmen, und so mannigfaltige Ausbildung erfahren haben, dass das Einzelne zum Theil wieder in besondere Rechtsinstitute übergegangen ist und daher in diese verwiesen werden muss. Das ganze Material ordnet sich nämlich unter folgende Gesichtspunkte:

I. Es ist zuerst die gleich anfängliche Entstehung von Obligationen für Dritte von dem Uebergang und der Uebertragung derselben auf diese, also deren Eintreten an die Stelle der eigentlichen Obligationsinteressenten, zu sondern. Diese letzteren Begriffe bilden die zweite Hauptabtheilung. In der ersteren nun sind zunächst weiter zu unterscheiden die durch Verträge und ihnen ähnliche Verhältnisse entstehenden Obligationen von denen, die aus unerlaubten Handlungen ihren Ursprung nehmen.

A. Verträge und ihnen ähnliche Verhältnisse[14] können mittelst einer Stellver-

tungen möglich seien, je nachdem sie beabsichtigt, oder durch die Auslegung des Vertrags zu gewinnen sind, ist nicht zu leugnen, sie verstehen sich von selbst; in die streitigen Worte aber müsste die Schilter'sche Auffassung erst hineingelegt werden, während es der besonderen Bevorwortung für den von ihm vorausgesetzten Fall nicht bedurfte. Meine Ansicht über dieselben ist einfach diese: von den in der Stelle einander entgegengesetzten Meinungen der *plurium* (wofür *Cujacius Proculi* lesen will,) und des *Sabinus*, zieht Paulus die erstere vor, von welcher Pomponius bezeugt, *hoc jure nos uti*, und damit ist die hinterher angeführte des *Sab.* verworfen. Dass dies nicht ausdrücklich geschieht, und sie nicht vor der Entscheidung für die andere schon angeführt wird, hat seinen Grund einzig in der oft unklaren Schreibart des Paulus. — Nicht zu verwechseln mit den im Text angeführten Fall sind die, in denen *excc. rei cohaerentes* entstehen, fr. 7. *de Except.*, die Personen, welchen ausser dem Schuldner und seinen Successoren diese zu Statten kommen, stehen zu dessen Obligation in einem eigenthümlichen Verhältniss vermöge der von ihnen geschehenen Intercession, weshalb bei dieser das Weitere darüber; s. noch die beiden ff. Anm.

11 Fr. 21. §. 5. fr. 23—25. pr. 27. §. 1. *de Pactis.* Vergl. §. 89. Anm. 72 2.

12 Fr. 25. §. 2. fr. 26. *de Pactis.*

13 Fr. 46. §. 5. *de Procurat.*

14 Vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 198. Nicht eigentlich hierher gehören die Fälle, in welchen durch einen Stellvertreter Rechte erhalten werden, obwohl auch dabei Erwerbungen von Klagen oder Erweiterungen der Obl., z. B. durch Verzug, vorkommen können, vgl.

tretung Dritter durch die paciscirenden Personen sowohl die Wirkung äussern, dass jene die Forderung daraus erwerben, Gläubiger werden, als dass sie in die Verpflichtung daraus eintreten, also Schuldner werden [15]. Es ist zweckmässig, beide

Mühlenbruch Cession S. 102. s. z. B. fr. 72. *de Procur.* fr. 24. §. 2. *de Usuris*, fr. 3. pr. *Quod vi.* Der Begriff der Stellvertretung ist ein moderner, und den Römern fremd. Er hat daher noch keine feste Ausbildung erlangt, so setzt ihm Savigny a. a. O. §. 59. S. 74. die nachher unter Nr. 1. 3) und 7) aufgeführten Fälle entgegen; Scheurl in der Krit. Ueberschau (München 1854) Bd. I. S. 317 ff., der den Begriff ausführlich erörtert, verwirft den der nothwendigen Stellvertretung für hausunterthänige Personen, — also auch wohl den der „amtlichen" für Vormünder. S. u. Anm. [39] a. E.

[15] Nach R. R. können A. nur in der Gewalt eines Anderen stehende Personen unmittelbar für denselben, d. h. so erwerben, dass er sofort als wirklicher Erwerber und jene nur als seine Organe erscheinen, und keine weitere Vermittelung des Rechts für ihn nöthig ist, also auch Vertragsobligationen, s. fr. 38. §. 6. 17. fr. 130. *de V. O.*, ebenso umgekehrt die Gewalthaber für die in ihrer Gewalt stehenden Personen, §. 4. *I. eod.* fr. 39. 130. *eod.* Für Repräsentanten anderer Art, welche man freie zu nennen pflegt, also mittelst Auftrags bestellte, gilt die Regel des fr. 11. *de O. et A.* (vgl. darüber Mühlenbruch Cession S. 82.), daher können sie den Vertrag regelmässig nur auf ihren Namen, nicht auf den eines Anderen abschliessen, c. 6. 7. 8. *Si quis alteri*, c. 26. *de J. D.* c. 5. *Quando ex facto tut.* c. 3. *de Contrah. stipul.* so dass im letzteren Fall [*dum tibi non vis*, *nec illi potes*] das Geschäft ungültig ist und im ersteren sie selbst als wirkliche Paciscenten dastehen, und es erst einer besonderen Vermittelung der Möglichkeit bedarf, den Auftraggeber in das Verhältniss einzuschieben. *Gaius* III. §. 103. enthält nicht etwa eine Abweichung im Allgemeinen, sondern nur von der über die *stipulatio mihi et alii* im §. 4. *I. d.* angenommenen Meinung der Prokulianer. — Mit den Rechtsverhältnissen, die durch Tradition entstehen, verhält es sich anders, Besitz kann durch Stellvertreter erworben werden, s. c. 1—7. *Si quis alteri* und Bd. I. S. 457. III.) Hiervon gab es die nachher von 2), Anm. [25], — 7) aufgezählten Fälle als Ausnahmen. Von der Regel der Unmöglichkeit des unmittelbaren Erwerbs einer Forderung durch Stellvertreter gab es aber gar keine Ausnahme; nicht selten wird das dennoch mit der näheren Bestimmung behauptet, wenn die Forderungen und Klagen auf anderem Weg herbeigeführt würden, als durch ein eigentliches Geschäft und wenn es nur auf Erhaltung und Sicherung eines schon begründeten Rechts ankomme, s. z. B. Schilling Inst. B. II. S. 305. bei i, und zwar besonders nach fr. 72. *de Procur.* fr. 24. §. 2. *de Usur.* fr. 40. *de Solution.* Allein auf diese Fälle ist der eigentliche Begriff der Erwerbung einer Forderung durch Andere nicht anwendbar, s. Mühlenbruch S. 100 ff. Vergl. auch Vangerow a. a. O. S. 294. Im Besonderen gehört denn hierher auch noch das Hingeben des einem Anderen gehörigen Gelds als Darlehn, oder *sine caussa*, indem sich die Verbindlichkeit des Empfängers auf die Rückgabe *in genere* beschränkt, und sich nicht sowohl auf einen Kontrakt als darauf gründet, dass der Schuldner eine Summe Gelds mit Bezug auf deren Eigenthümer empfängt. Vgl. Sintenis Pf.-R. S. 222 ff. Vangerow S. 292. Savigny a. a. O. S. 66 f. Buchka §. 9. Brinz krit. Bl. Nr. 2. S. 24. Scheurl a. a. O. S. 328. und s. §. 108. Anm. [22] und [23]; die Erklärungen sind sehr verschieden. Nur c. 2. *Per quas pers.* führte eine wirkliche (auf Irrthum Justinian's beruhende) Ausnahme rücksichtlich des Pfandrechts ein, s. Sintenis S. 224. Dagegen war aber die Vermittelung der Klagen, deren Erwerb für einen Anderen beabsichtigt war, nicht ausgeschlossen, sie geschah entweder durch Cession der Forderungen, oder durch analoge (*utiles*) Klagen, fr. 27. in f. 28. *de Procurat.* fr. 8. §. ult. fr. 10. §. 6. *Mandati*, fr. 49. §. 2. *de Acquir. poss.* Vgl. über diesen ganzen Gegenstand Mühlenbruch a. a. O. §. 10. 12—16. und jetzt Buchka a. a. O. §. 1—14. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 22 ff. und dazu Scheurl a. a. O. S. 315 ff. Hierdurch, namentlich soweit wirkliche Cession nicht einmal erfordert wurde, war nicht nur das Bedürfniss für den Verkehr befriedigt, sondern die Regel verlor für die anerkannten Fälle der Stellvertretung auch alle praktische Bedeutung. B. Was sodann die Verbindlichmachung durch Stellvertreter betrifft, so hat das R. R. eine solche durch in der Gewalt stehende Personen nur in dem nachher unter 2. b. bezeichneten Umfang anerkannt, und daran ist im praktischen Recht nichts ge-

Gesichtspunkte auseinander zu halten, und die einzelnen Formen der Stellvertretung für jeden in Betracht zu ziehen.

ändert; durch freie Repräsentanten ist aber eine solche, der allgemeinen Regel entgegen, früher, wie der Erwerb der Forderungen, als rechtlich möglich anerkannt worden; wahrscheinlich hob dies mit der *a. exercit.* und *instit.* an, bis man hier jede Schranke fallen liess, und ebenfalls *utilis a. ad exempl. institor.* oder *quasi inst.* gab, (fr. 19. pr. *de Inst. act.*) doch wurde die Wahl, auch den Mandatar selbst anzugreifen, nicht ausgeschlossen, fr. 29. 67. *de Procur.* fr. 45. *Mand.* (fr. 1. §. 17. *de Exerc. act.* fr. 1. 7. §. 1. *de Inst. act.*) vgl. Savigny S. 33., ausgenommen gegen den blossen *procurator* und die amtlich Andere vertretenden Personen, die sich durch *exc. doli* schützen können, — so dass im Allgemeinen schon nach R. R. dem Dritten wider den Geschäftsherrn die Klage soweit zustand, als der Stellvertreter an ihn selbst wegen Entschädigung seinen Regress nehmen könnte. S. Mühlenbruch S. 141 ff. und die vorher Genannten. In der Anwendung des Römischen Rechts in Deutschland hat sich nun aber das Verhältniss weit freier gestaltet; das Rechtsverhältniss zwischen Geschäftsherrn und Schuldner wird sofort bei Begründung der Obligation und ohne Benachrichtigung des ersteren für begründet erachtet. S. darüber die sehr sorgfältige Dogmengeschichte bei Buchka a. a. O. S. 121 ff. Zwar behauptet Savigny a. a. O. §. 56—58., diese Umbildung des römischen Grundsatzes sei schon im justin. R. erfolgt, und danach die Möglichkeit, durch freie Stellvertreter direkt Gläubiger und Schuldner zu werden, eingetreten, s. jedoch dagegen die Ausführung von Scheurl a. a. O. S. 322 ff. und die nachher gen. Ruhstrat'sche Widerlegungsschrift. Sie ist vielmehr erst durch Gewohnheitsrecht herbeigeführt worden, s. Buchka a. a. O. Dernburg in der Heidelberger Zeitschrift u. s. w. Bd. I. S. 1 ff. Brinz Krit. Blätter Nr. 2. 1852. Scheurl a. a. O. S. 330 ff. und J. E. Kuntze die Oblig. und die Singularsucc. Leipzig 1856, S. 286—94. Die theoretische Auffassung und Konstruktion dieser Umänderung eines so ausserordentlich wichtigen Lehrsatzes bei den Schriftstellern ist zwar ziemlich verschiedenartig, s. bes. die Kritik bei Scheurl S. 332 ff. und Kuntze a. a. O. S. 276 ff. Dieser letztere findet in den Versuchen der Anderen theils nicht genügend motivirte, theils unausgebildete Fiktionen, theils, dass sie die Erscheinung als eine unerklärliche stehen liessen, und das Verhältniss gar nicht juristisch charakterisiren. Um diese Fehler zu vermeiden, hat er eine „Zweigobligationentheorie" erfunden, auf die ich weiter unten, Zus. zu Anm. [132], zurückkommen werde. Auch damit ist für eine tiefere Einsicht nichts gewonnen, sondern in der That nur das röm. Verhältniss der *a. directa* und *utilis* paraphrasirt. Kuntze bezeichnet sie freilich selbst auch nur „als einen vorgeschlagenen Ausweg von rein formaler Bedeutung" (S. 113.). Darin kommen jedoch alle überein, dass die moderne Anschauung von der Thätigkeit des Vertreters bei dem Geschäft eine in sofern von der römischen nationell sittlich verschiedene sei, als bei den Römern der Stellvertreter als Hauptperson und neben und hinter ihm der Vertretene wirklich als eine zweite betrachtet wurde, bei uns aber ersterer nur als Mittelsperson und Werkzeug des letzteren erscheint (s. Buchka S. 118 f. 230. Scheurl S. 336.), nicht nur zum Handeln, sondern auch zum Wollen, so dass dieser der alleinige Kontrahent bleibt. Das positive Element, welches der Entwickelung der Konsequenzen hieraus in der That zu Grunde liegt, ist somit das *id quod actum est* und die Auslegung des Vertragswillens. Damit hängt denn zusammen: 1) eine Abtretung der Klagen von Seiten des Vertreters an den Geschäftsherrn, für welchen kontrahirt worden, ist nicht mehr nöthig. 2) Die von jenem für diesen abzuschliessenden Verträge können auf dessen Namen gestellt werden. S. Buchka S. 204. 230 ff. Scheurl S. 337. Was sodann 3) das Verhältniss des Vertreters zum dritten Kontrahenten, und die Frage anlangt, ob und in wiefern daraus eine Rückwirkung auf ihn entstehe, d. h. auf seine Person und sein Vermögen (unter etwanigem Regress an den Mandanten), so halten I. viele Civilisten darin mehr am R. R. fest, dass sie denselben zwar wirklich als in der Oblig. stehend, also die Klagen für und wider ihn als zuständig betrachten, (neben und auswahlsweise mit dem Principal) jedoch dergestalt, dass der von ihm, wie wider ihn, erhobenen Klage, wenn er nicht auch wieder dazu besonders als Stellvertreter, also zum Prozess legitimirt ist, die *exc. doli* (analog dem R. R. bezüglich des eigentlichen *procurator* und der

1. Erwerb der Forderungen: a. durch wirkliche Stellvertretung eines Dritten bei Abschluss des Vertrags von Seiten einer der paciscirenden Personen. Eine solche Stellvertretung kommt in folgenden Gestaltungen vor:

amtlichen Vertreter, s. vorher,) entgegengesetzt werden kann; s. Mühlenbruch S. 145. 147. [297] 411. [534] 513. 1), Fritz Erl. S. 233. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 188. Vangerow Bd. III. S. 294. [6. Ausg. S. 313 ff.] und überhaupt den Bericht Buchka's S. 226 f. II. Andere hingegen, namentlich alle gen. neueren Schriftsteller, betrachten den Stellvertreter der wirklich in dieser Eigenschaft kontrahirt hat, zwar ganz als ausser dem Verhältniss stehend, so dass eine Klage für und wider ihn gar nicht begründet sei, es also einer *exceptio* dawider nicht erst bedürfe, — indessen mit mehrfachen Modifikationen, kraft deren umgekehrt der Stellvertreter dergestalt für seine Person hafte, dass er nicht einmal sich durch *exc. doli* schützen, resp. sie ihm opponirt werden könne, m. W. aktiv wie passiv zu den Klagen aus dem Geschäft legitimirt sei. Bestehendes Mandatsverhältniss vorausgesetzt, (für den entgegengesetzten Fall s. Anm. [4] und [72 b]) sowie, dass sich der Stellvertreter als solcher zu erkennen gegeben und mit ihm so verhandelt worden, lässt nämlich Buchka §. 21. allein den Principal aus dem in seinem Namen eingegangenen Vertrag verpflichtet werden (die Berechtigung erwähnt er nicht weiter; allerdings ist die Frage von der Verpflichtung von vorherrschender Wichtigkeit, jene steht dieser aber ganz parallel); entscheidend dabei sei, dass ersterer in seiner gedachten Eigenschaft habe handeln wollen, und dies ausdrücklich erklärt sei, oder aus den Umständen hervorgehe. Entgegengesetzten Falls müsse die Handlung davon interpretirt werden, dass er sich selbst habe verpflichten wollen. Aber auch im ersten Fall hafte er wegen etwanigen eigenen *dolus*. (S. 230. 239.) Savigny S. 60 ff. unterscheidet: „wenn der Stellvertreter in meinem Namen abschliesse, bleibe ersterer ganz ausser der Obligation; wenn er aber in seinem eigenen Namen abschliessen solle, so dass unserer Absicht nach erst die späteren Folgen des Vertrags auf mich übergehen sollen, so entstehen die Klagen nur zwischen dem Vertreter und dem Dritten, der gar nicht an mich gedacht habe, und nicht mit mir paciscіren wollte. Dennoch können in diesem letzteren Fall indirekte Klagen auch für und wider mich entstehen; ersteres durch Cession des Stellvertreters an mich, oder auch ohne solche: *a. utilis;* letzteres ebenfalls mittelst *utilis a.* nach Art der *institoria*, und zwar darum, weil der Dritte den Stellvertreter hätte zwingen können, ihm seine *mandati a. contraria* gegen mich abzutreten.“ Hiermit stimmt Scheurl S. 337. fast wörtlich überein, obwohl er in den die Gegensätze bildenden Ausdrücken nicht ganz klar ist, indem er das Abschliessen „für den Mandanten in dessen Namen“, und „in eigenem Namen“ gegenüberstellt. — Ich trete dieser zweiten Meinung (der unter Nr. II.) bei, (früher schloss ich mich der ersteren an) muss jedoch bemerken, dass entweder in dem zweiten von diesen Schriftstellern besprochenen Fall noch ein dritter mitverstanden wird, oder ausdrücklich daneben gestellt werden muss. Hat nämlich a) der Stellvertreter in eigenem Namen abgeschlossen, also so, dass seine Eigenschaft für einen Anderen zu kontrahiren und die Absicht dazu dabei gar nicht ausgedrückt wird, noch hervortritt, so kann m. E. der Principal — wie auch Buchka lehrt, — als Schuldner gar nicht in Betracht kommen; wie die Savigny'sche Ansicht (s. vorher: „letzteres ebenfalls u. s. w.“) bewiesen werden soll, weiss ich nicht, nur die Rückwirkung wegen *in rem versio* (s. bei und in Anm. [86]) ist für begründet zu erachten; mit der kraft des (nicht offenbarten) Mandats (dennoch) erworbenen *a. utilis* für den Principal hat es allerdings seine Richtigkeit, s. §. 128. II. b. Inzwischen ist auch eine besondere Widerlegungsschrift der Savigny'schen Lehre v. d. Stellvertretung erschienen von Ruhstrat, Oldenb. 1854 (s. zu dieser auch Brinz's Rec. in den Jahrb. d. deutsch. R.-Wiss. Bd. I. S. 21. und denselben Verf. im Archiv Bd. 30. S. 340 ff.). Hat er b) für einen Anderen abgeschlossen, d. h. ist dabei seine Eigenschaft als Stellvertreter hervorgetreten (vgl. Thöl a. a. O. §. 27. III.), so kann (wie Scheurl unterscheidet) darauf unmöglich etwas ankommen, ob er dies in eigenem, oder in des Principals Namen gethan hat; er hat dann immer nur für diesen, nicht für sich paciscirt. Es ist völlig einerlei, ob es heisst: z. B. „A. kauft von B. vertreten durch C.“, oder „A. kauft von C. als Vertreter des B.“ Die hierauf bezüglichen Ausdrücke, die namentlich bei Kaufleuten und Fabrikanten oft so

1) wenn Derjenige, welcher die Obligation kontrahiren will, einem Anderen Auftrag, Vollmacht, ertheilt hat, an seiner Statt den Vertrag abzuschliessen[16]. Dieser Auftrag kann von verschiedenem Umfang sein, und danach entstehen denn auch verschiedene Begriffe für die Beauftragten selbst, nämlich zunächst in Bezug auf die Verschiedenheit eines besonderen Auftrags oder Spezialmandats und eines allgemeinen oder Generalmandats (*mandatarii*), worüber in der Lehre vom Mandat das Weitere folgt, sodann in Bezug auf den Betrieb gewisser Gewerbe und Geschäfte, denen der Geschäftsherr, der Principal, einen besonderen Geschäftsführer vorsetzt (*institor*[17],

eigenthümlich lauten, dass es mehr als schwer sein kann, zu sagen, ob der Stellvertreter in eigenem oder in des Principals Namen (nach Scheurl's Gegensatz) kontrahirt habe, können nichts entscheiden. Dieser zweite ist also der eigentliche Fall der Vertretung; in ihm ist der Vertreter blos Mittelsperson, Organ des Principals, und er bleibt für seine Person ganz aus der Sache (versteht sich, den Fall des *dolus* ausgenommen). Nun ist aber c) auch noch der Fall denkbar, dass A. erklärter- und bekanntermaassen Stellvertreter des B. ist und für diesen innerhalb seines Mandats Geschäfte macht, dennoch aber hierbei ausschliesslich oder vorzugsweise des ersteren Person von den dritten Kontrahenten in Betracht gezogen wird, nicht die des vielleicht ganz unbekannten, weit entfernten Principals. Dies wird namentlich bei Handels- und Gewerbegeschäften in grösserem Styl häufig vorkommen. Vergl. Savigny S. 61. h), der diese Gestaltung unter seinen zweiten Fall zieht, über den sie aber hinausliegt. Man nehme z. B. an, ein Hamburger Haus sendet einen Beauftragten, um Schiffsbauhölzer zu kaufen, nach Sachsen, der dort einen jahrelangen Aufenthalt nimmt, und viele Geschäfte macht, aus denen es zu Prozessen kommt, indem die Verkäufer nur ihn kennen, nicht das Handelshaus, welches ihn ausgesendet hat. Es genügt, dies angedeutet zu haben; die Mannigfaltigkeit des Konkreten wird gerade hier sehr gross sein. Leitend und entscheidend dabei ist natürlich auch hier: wer als eigentlicher Kontrahent zu betrachten und betrachtet worden sei; und dies kann nur aus den Umständen des Einzelfalls erkannt werden. Je nach diesen ist es denn allerdings möglich, dass der Stellvertreter aus solchen von ihm abgeschlossenen Geschäften sowohl selbst (ohne Vollmacht des Principals zum Prozess) klagen, als für seine Person verklagt und also im Weg der Exekution sein eigenes Vermögen angegriffen werden kann. — Auf diese hier im Zusammenhang zu geben gewesene Ausführung der Sätze des heutigen Rechts wird weiterhin öfter zurück zu verweisen sein. Daneben verhält es sich nun mit der Benutzung der Quellenzeugnisse und der rein römischen Elemente so: ob eine *utilis a.* oder eine *directa* möglich ist, ist durchaus gleichgültig; die nach R. R. als Ausnahmen erscheinenden Fälle (3, — 6) im Text stehen nicht als solche, sondern nur als besondere Erscheinungen der Stellvertretung unter diesen überhaupt; was übrigens an Erfordernissen und sonstigen Vorschriften für die Repräsentation besteht, behält seinen praktischen Werth, soweit er mit den vorher aufgezählten drei Sätzen verträglich ist. Hierbei ist denn, um nicht zu irren, oft grosse Vorsicht nöthig. — Ausser den auf den Begriff der Stellvertretung zurückzuführenden Rückwirkungen der Verträge auf dritte Personen giebt es noch einige andere, welche man künstlich zwar auch daraus erklären könnte, die indessen angemessener den besonderen Rechtslehren, wobei sie vorkommen können, als vereinzelte besondere Erscheinungen überwiesen werden, und ihre wirkliche Erklärung theils in der Natur jener finden, theils in der Nothwendigkeit und dem Uebergewicht der Wirkungen der Rechtsinstitute, mit welchen sie in Verbindung stehen. So namentlich die Fälle der Berechtigung aus Constitutum und Bürgschaft für den Universalfideikommissar, wenn jene der Erbe eingegangen ist, fr. 22. *de Pecun. const.* fr. 21. pr. *de Fidejuss.*, und die der Verpflichtung der in der Minderzahl bleibenden Gläubiger bei einem erzwungenen Moratorium, s. §. 91. A., sowie die des Singularsuccessor eines *socius*, welcher sich anheischig gemacht, eine *res communis* eine bestimmte Zeit lang ungetheilt zu lassen, fr. 14. §. 3. *Comm. div.* fr. 16. §. 1. *Pro socio*, u. a. m.

[16] Fr. 8. §. ult. fr. 10. §. 6. *Mandati*, fr. 13. §. 25. *de A. E.* Vergl. vor. Anm. a. E. — Was vom Mandatar selbst, gilt natürlich auch von seinen Substituten, welche er zu ernennen befugt ist, s. fr. 8. §. 3. *Mandati*, c. ult. *de Procurat.* in 6to. Vgl. Glück Bd. XV. S. 260.

[17] §. 2. *I. Quod cum eo*, fr. 1. 3. *de Institoria*, eine Beschäftigung und Anstellung zu einem

magister navis)[18]. Doch kommt auf den Umfang des wirklich ertheilten Auftrags dann nichts mehr an, wenn der Stellvertreter nur ursprünglich die Absicht gehabt hat, für den Anderen zu kontrahiren, und dessen Genehmigung hinterher erfolgt ist; diese genügt vielmehr zu dem hier besprochenen Zweck, auch wenn gar kein Auftrag vorangegangen ist[19]. Die Stellvertretung bei Abschluss des Geschäfts selbst kann sowohl so geschehen, dass der Vertrag geradezu auf den Namen des Geschäftsherrn gestellt wird, als umgekehrt auf den des Beauftragten, und zwar ist es im letzteren Fall für die hier in Rede stehende Wirkung gleichgültig, ob er sich gegen den anderen Paciscenten als Stellvertreter eines Anderen zu erkennen gegeben, vielleicht auch dessen Einwilligung ausdrücklich vorbehalten hat, oder nicht, sobald sich nur das Verhältniss als ein wirklich vorhanden gewesenes nachweisen lässt, und nicht etwa wegen Irrthums in der Person seines wahren Mitpaciscenten der andere Paciscent den Vertrag anfechten kann[20]. Da nun der Stellvertreter keinen mechanischen Dienst leistet, sondern selbstthätig handelnd auftritt, und der Vertrag, der Wirksamkeit desselben für den Geschäftsherrn ungeachtet, durch den ersteren selbst mit dem anderen Paciscenten zu Stande kommt, so entstehen dadurch für dasselbe überhaupt diese Folgerungen. In Uebereinstimmung mit der Regel, dass die Handlung des Stellvertreters als solche lediglich aus seiner Person ermessen wird (s. Bd. I. S. 147.), steht hier die, dass das Existentwerden wie die Wirksamkeit des Vertrags aus der Person des Stellvertreters beurtheilt wird, so, dass derselbe für den Geschäftsherrn nicht weiter besteht und reicht, als er für den ersteren selbst wirksam werden könnte. Sobald daher in der Entstehungsart der Forderung ein Grund liegt, warum sie nicht gelten kann, oder ihr eine Einrede entgegensteht, so wirkt das nicht blos auf den Geschäftsherrn dann zurück, wenn diese Gründe von ganz objektiver Natur sind, sondern sobald sie nur in der Person des Stellvertreters vorhanden sind, auch wenn sie von Seiten der Person des Geschäftsherrn nicht vorliegen. Soweit mithin Arglist oder Wissen und Nichtwissen auf den Vertrag Wirkung äussern können, kommt die von ersterem begangene Arglist wider letzteren in Betracht, auch wenn dieser nicht dabei betheiligt ist[21], und es nützt ihm seine eigene Unkunde nicht, wenn der Stellvertreter Kenntniss hatte[22]; wenn umgekehrt

anderen Zweck, wenn auch bei derselben Gelegenheit, verleiht diese Eigenschaft nicht, s. z. B. fr. 11. §. 6. *eod.* Uebrigens bietet dieser Punkt bei der Frage von der Verpflichtung sein eigentliches Interesse dar, s. nachher Anm. [54] und folg. Anm.

[18] Fr. 1. §. 1. 3. 15. *de Exercit.* hier gilt die vor. Anm. Die nach R. R. erforderliche Abtretung der Klagen (fr. 1. 2. *de Instit.* fr. 1. §. 18. *de Exercit.*) fällt jetzt, wie die Ausnahme, wo *utiles* ohnedies auch verstattet wurden, (fr. 2. *d.* fr. 5. *de Stip. praet.*) weg, und sie stehen dem Prinicpal ohne Weiteres zu, s. Glück Komm. Bd. XIV. S. 266. Mühlenbruch a. a. O. S. 147. Anm.[297], Thöl Handelsr. S. 75. Der Letztere meint, dass dies doch nur dann zu rechtfertigen sei, wenn der Institor im Namen des Principals kontrahirt habe, unter Bezug auf Heise und Cropp Abhandl. Bd. II. S. 386., wo dies auch nur als fraglich hingestellt ist. Diese Bedenken erledigen sich nach der Ausführung in Anm. [15].

[19] Vgl. Anm. [71].

[20] Dies ist unter Umständen allerdings möglich, z. B. wenn er mit dem heimlichen Mandanten über eine gewisse Sache einen Miethkontrakt nicht würde abgeschlossen haben. Uebrigens aber ist eine *exc.* um so weniger möglich, als dem Mandatar nicht nur freistehen würde, durch Cession der Klage an den Mandanten jeden Widerspruch zu beseitigen, sondern es deren nicht einmal bedarf, s. §. 128. II. b. Vgl. Anm. [48].

[21] Fr. 5. pr. *de Tribut. act.* fr. 4. §. 19. *de Doli exc.;* natürlich steht ihm auch der eigene *dolus* entgegen, s. dies. Stelle. S. noch die folg. Anm.

[22] Fr. 5. pr. *de Tribut. act.* fr. 22. §. 5. *de Liberali causa* fr. 51. *de Aedil. Ed.* Nur wenn die beiden Paciscenten den Auftraggeber gemeinschaftlich durch seine Unkunde zu übervorthei-

der Stellvertreter bei Abschluss des Vertrags in einem diesen betreffenden Irrthum war, der Geschäftsherr aber die richtige Kenntniss hatte, so kommt jener Irrthum nicht in Betracht, sofern dem letzteren, wenn er davon Gebrauch machen will, die *exceptio doli* entgegensteht [23].

2) Eine amtliche Vertretung bei Verträgen findet Statt durch Vormünder und Kuratoren, sowie durch Vorsteher und Verwaltungsbeamte der juristischen Personen und Gemeinden [24]. Es ist dabei ebenfalls, wie vorher unter 1) bemerkt wurde, gleichgültig, ob der Vertrag vom Stellvertreter auf seinen Namen abgeschlossen wird, oder auf den Namen dessen, welchen er vertritt [25]. Ist der Erwerb mittelst des Vermögens des letzteren geschehen, so kommt es selbst nicht einmal auf die Absicht des Vertreters an, sondern die Forderung wird jenem selbst wider des letzteren Willen erworben [26].

Von dem Einfluss der Arglist und des Irrthums der Vormünder und Vorsteher für und wider die durch sie vertretenen Personen rücksichtlich der für letztere entstandenen Forderungen gilt das Nämliche, was von beauftragten Stellvertretern [27], indessen kann die Arglist der ersteren den letzteren nur soweit nachtheilig sein, als sie dadurch einen offenbaren Vortheil mittelst einer Bereicherung erlangen würden [28].

len suchen, kommt ihm diese zu Statten; hiervon mögte fr. 17. *de Liberali caussa* zu verstehen sein, s. Puchta §. 275. a); andere Versuche, diese Stelle mit den anderen in Einklang zu bringen, s. bei Mühlenbruch a. a. O. S. 126 ff. Unterholzner a. a. O. S. 404 f) hält eine genügende Lösung nicht für möglich. Bei den hier in Rede stehenden Fällen sind vorzugsweise gegenseitige Obl. vorausgesetzt, so dass also der Principal mit dem Erwerb der Forderung zugleich in eine Verbindlichkeit eintritt. Uebrigens besteht noch in sofern ein Unterschied, als der Geschäftsherr den von einem Spezialbevollmächtigten begangenen *dolus* nur, soweit er *in ipso negotio* geschehen ist, gegen sich gelten lassen muss, den vom *procur. omn. bonor.* aber nicht in dieser Beschränkung, (vergl. Anm. [83]) fr. 4. §. 18. *de Doli exc.* S. jetzt auch Buchka a. a. O. S. 243.

[23] Fr. 13. *de Contr. emt.* fr. 51. §. 1. *de Aedil. Ed.* Unterholzner a. a. O. S. 404. II. behauptet nach fr. 12. *de Contrah. emt.*, dass, wenn der Stellvertreter in wesentlichem Irrthum bei Abschluss des Vertrags war, dieser selbst dann ungültig sei, wenn der Principal ersteren nicht theile, während er fr. 13. *d.* davon versteht, wenn der letztere dem nichtwissenden Stellvertreter ganz bestimmten Auftrag ertheilt habe. Ich halte es nicht für möglich, aus dem sehr allgemeinen Inhalt der ersteren Stelle neben dem bestimmten der letzteren diesen Satz zu folgern, es verbietet dies sogar die Stellung und Aneinanderfügung beider Stellen, und ich muss auch die letztere so, wie im Text geschehen, auffassen, ohne auf den „bestimmten Auftrag" Gewicht legen zu können. Da es einfach heisst: *cui mandavero*, so ist ein besonders gearteter Auftrag gar nicht einmal zu verstehen, sondern damit eben nur das Verhältniss der Stellvertretung ausgedrückt, weiter nichts. Mühlenbruch S. 121 ff., dem Unterholzner a. a. O. g) beitritt, führt unter Berücksichtigung von fr. 4. §. 19. *de Doli exc.*, welches nur scheinbar das Gegentheil allgemein verordne, aus, dass, wenn der Stellvertreter Klage erhebe, ihm die *Doli exc. ex pers. domini* nicht entgegengesetzt werden, und so dieser allerdings einen Vortheil haben könne; ist dies richtig, so hat es doch nur auf die römische Einleitung des Prozesses *per procuratorem* Bezug, und daher diese beschränkende Modifikation keine praktische Bedeutung, indem jetzt jeder Prozess auf den Namen des *dominus* eingeleitet wird, und wo das Gegentheil in manchen Fällen vorkommt, doch dies nur von formeller Bedeutung ist.

[24] Fr. 15. *de Pactis.* C. 2. 4. *Quando ex facto tut.* fr. 17. §. 2. *de Jurejur.* fr. 2. pr. *de Administr. et periculo* fr. 5. §. 9. *de Pecun. const.*

[25] Nach R. R. ist dies für das Constitutum in fr. 5. §. 9. *de Pecun. const.* schon als Ausnahme anerkannt, (s. z. B. fr. 9. pr. *de Administr. tut.*) heutzutage greift die allgemeine Regel über, s. Anm. [15].

[26] C. 2. *d.* vgl. Puchta §. 275. a. E.

[27] Fr. 4. §. 23. *de Doli exc.* fr. 15. pr. *de Dolo*, und zwar in dem bei Anm. [22] gedachten Umfang. Vom Irrthum ist dasselbe, wie bei Beauftragten, analog anzunehmen; vergl. Anm. [23].

[28] S. die Stellen der vor. Anm. Der eigene

3) Wenn ein Ascendent der Frau ein Heirathsgut für sie bestellt, und dessen Rückgabe an sie und ihre Kinder ausbedingt, so steht diesen Personen die Forderung desfalls zu [29].

4) Es gehören ferner hierher die in §. 77. II. 4) c) vorgekommenen Fälle der Vertretung des Verpfänders durch den Pfandgläubiger beim Pfandverkauf [30].

5) Wenn bei einer Schenkung ausgemacht wird, dass der Beschenkte nach Ablauf einer gewissen Zeit den geschenkten Gegenstand an einen Dritten herausgeben solle, so steht diesem letzteren die daraus entspringende Forderung zu [31].

6) Wenn Jemand einem Anderen die Sache eines Dritten leiht, oder in Verwahrung giebt, und dabei für letzteren ausbedingt, dass die Zurückgabe an ihn geschehen solle, so tritt dieselbe Folge ein [32].

7) Man kann mit einem Anderen für sich und seine Erben kontrahiren [33], doch

dolus des Vertretenen schadet ihm natürlich auch hier, fr. 4. §. 26. *de Doli exc.*

[29] C. 7. *de Pactis conv.* fr. 45. *Soluto matrim.*; über die irrige Ausdehnung dieser letzten Stelle auf alle Fälle, in welchen ein Vater die Rückgabe einer ihm gehörigen Sache seinen Kindern ausbedingt, vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 96. Anm. 197. Aehnliche, aber ungültige Verträge s. in c. 26. *de J. D.* fr. 17. §. 4. *de Pactis*, fr. 26. §. 4. *de Pactis dotal.* c. 4. *de Pactis conv.* Uebrigens liesse sich dieser Satz wohl auf fr. 45. §. 2. *de V. O.* gründen, wenn nicht überwiegende Gründe für die Beziehung auf die *dos* auch hier sprächen. S. Mühlenbruch a. a. O. und die dort Gen. Die Ausnahme wird auf den *favor nuptiar.* u. *affectio person.* zurückgeführt.

[30] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. u. Anm. 198.

[31] C. 3. *de Donation.* Es ist hierin vorausgesetzt, dass der Schenker selbst gestorben sei; indessen kann es keinem Bedenken unterliegen, dass der obige Satz auch dann gelte, wenn er noch lebe, wiewohl er dann den *modus* selbst geltend machen könnte, so lange er aber das nicht thut, seine Zustimmung zur Klage des Anderen vermuthet werden muss; vgl. Unterholzner S. 191 m).

[32] C. 8. *Ad exhibend.* Nach *Paul. S. R.* Lib. II. *tit.* 12. §. 8. ist sogar auch ohne diese Bevorwortung eine *a. utilis depositi* dem Deponenten, wenn der Depositar die empfangene Sache bei einem Dritten deponirt, wider letzteren gestattet, während fr. 16. §. 1. *Depositi* für diesen Fall *actionem praestare* erfordert. Ich finde nicht, dass die erste Ansicht in das Corpus jur. übergegangen ist, wie Unterholzner a. a. O. S. 195. annimmt. Glück Komm. Bd. XV. S. 222 f. sucht den Satz auf andere Weise zu retten, gelangt aber dadurch nur zu dem der c. 8. *d.*, den Niemand bezweifelt. — Ein besonders geeigenschafteter Fall ist noch der, dass, wenn der *paterfamil.* seinem *fil. fam.* etwas versprechen lässt, zwar nicht dieser, wohl aber jener erwirbt, §. 4. *I. de Inutil. stipul.* fr. 56. §. 3. *de V. O.* fr. 17. §. 4. *de Pactis*, fr. 7. *de Pactis dotal.* vgl. Mühlenbruch S. 98 ff. — Die nach R. R. in fr. 9. §. 8. fr. 2. §. 4. *de R. C.* fr. 126. §. 2. *de V. O.* c. 2. *Pers quas pers.* und fr. 8. und 16. *de Administr. et periculo* wirklich bestehende Ausnahme von der Regel des Erwerbs der Forderungen durch Dritte, im Fall der *pecunia numerata credita*, (vgl. darüber Unterholzner a. a. O. S. 191. Anm. k) fällt gegenwärtig als solche weg und unter die an deren Stelle getretene Regel des heut. Rechts, s. Anm. 15.

[33] Fr. 38. §. 12. 14. *de V. O.* Fr. 33. *de Pactis.* In der letzten Stelle und in fr. 137. §. 8. *de V. O.* ist ein Unterschied zwischen *obl. dandi* und *faciendi*, resp. *non fac.*, in sofern ausgesprochen, als nur von letzteren ausgemacht werden kann, dass sie auch nur einem von mehreren Erben zu Statten kommen sollten, während es von den ersteren heisst, *necesse esse omnibus acquiri.* Da nun nach *c. un. Ut act. et ab hered.* schlechthin ohne Berücksichtigung dieses Unterschieds erlaubt ist, *et ab hered. et contra hered. incipere actiones et obligationes*, was bis dahin (§. 13. 15. *I. de Inutil. stipul.*) nicht möglich war, so ist die Frage, wie sich diese Stellen zu einander verhalten? Als sicher ist Folgendes voranzuschicken. Nach fr. 38. §. 14. *d.* u. fr. 33. *d.*, also nach vorjustin. R., ist die Erwerbung einer Forderung *sibi heredique* rechtlich möglich, für den Erben allein aber nicht, §. 13. *I. d.* Letzteres gestattete Justin. in c. 11. *de Contrah. stipul.* und c. un. *d.*, so dass dieser Punkt ausser Ungewissheit gesetzt ist. Anlangend aber für den ersteren die Frage, ob Jemand für sich und einen von mehreren Erben eine Forderung erwerben könne, welche, wie obgedacht, fr. 137. §. 8. *d.* mit einer Unterscheidung beant-

ist das nicht erforderlich[34], soweit es Forderungen betrifft, die nur nicht auf die Person des Paciscenten beschränkt sind, indem andere auch ohnedies auf den Erben übergehen, vergl. II. B. Dagegen gehört es hierher, dass man für seinen Erben, oder einen bestimmten von mehreren in der Art eine vertragsmässige Forderung begründen und ihm erwerben kann, dass er selbst erst daraus Gläubiger werde und sie geltend mache[35].

In allen den vorstehenden Fällen, in welchen wirklich ein Stellvertreter für einen Anderen einen Vertrag abgeschlossen hat, mag er sich dabei als solchen zu erkennen gegeben haben oder nicht, kann nur der Geschäftsherr, oder der Stellvertreter wieder als solcher für ihn die Forderung geltend machen, wenn sich seine Stellvertretung auch darauf ausdehnt[36]. Wäre die Klage vom Stellvertreter so angestellt, wie wenn er für sich abgeschlossen hätte, so würde der Verklagte das wahre Verhältniss Einwandsweise zur Sprache zu bringen haben. Hat dieser erst später erfahren, dass der erstere, der sich beim Abschluss des Vertrags nicht als Stellvertreter gerirt hat, für einen Anderen abgeschlossen habe, so gilt das Nämliche. Die Frage, ob der Schuldner an ihn den schuldigen Gegenstand leisten, oder weitere bündige Verhandlungen in Bezug auf die Tilgung der Forderung pflegen dürfe, hängt vom Umfang der dem Stellvertreter zuständigen Befugnisse ab. Soweit nun dem anderen Paciscenten dieser nicht besonders bekannt gemacht worden, oder er, wie für Vormünder, rechtlich fest begrenzt ist, darf er annehmen, dass der Stellver-

wortet, so sind Mehrere, namentlich Bucher, R. d. Ford. S. 50 ff. u. Vangerow a. a. O. S. 292 folg. [6. Ausg. S. 311.] der Ansicht, dass, nachdem c. 13. *de Contrah. stipul.* den bis dahin bestandenen Unterschied, wonach *obl. faciendi* gar nicht auf (*in et contra*) die Erben übergingen, sondern nur *dandi*, aufgehoben habe, auch jener Unterschied weggefallen sei, so dass nun also ebenfalls die nur auf einen von mehreren Erben mitbezogene *obl. faciendi*, wie die *o. dandi omnibus acquiri necesse est.* Dagegen ist Donell. *Comm. ad* fr. 38. §. 17. *de V. O.* u. *Comm. de jure civili* Lib. XII. c. 17. §. 14. der Meinung, dass die c. 13. *d.* den Fall, wo der Erblasser eine *obl. fac.* für sich und einen von mehreren Erben erwerbe, gar nicht berühre, sondern deshalb Alles beim Alten lasse, und nur *stipul.* eines *facti* schlechthin, oder für die Erben ohne Unterschied betreffe. Dies mag sein, allein es ist doch soviel nicht zu leugnen, dass die *obl. fac.* in c. 13. *d.* zu absoluten vererblichen Vermögensstücken erhoben worden sind, und nun von der *obl. dandi* nach fr. 38. §. 14. *d.* nicht weiter sich unterscheiden; denn hat auch der Erblasser für sich und Einen Erben erworben, so geht doch mit seinem Ableben die Forderung nun für ihn nicht mehr verloren, sie muss sich also auf die anderen mitvererben. Nun könnte zwar ein Bedenken darin gefunden werden, dass also vor c. 13. *d.* dem Erblasser zugestanden habe, eine Verfügung zu Gunsten Eines Erben zu treffen, wozu ihm durch jene die Befugniss genommen, was doch nicht wahrscheinlich sei. Allein das ist nur scheinbar. Es gewährt nämlich zuvörderst die dem Erblasser zuständige testamentarische Disposition eine solche Befugniss in vollständigster Art, und die Bejahung in fr. 38. §. 14. *d.* ist gar nicht aus dem Gesichtspunkt einer rechtlichen Befugniss dieser Art aufgefasst, sondern nur von der, überhaupt für die Erben *obl. fac.* zu erwerben. Diese war damals noch, ohne besondere *stipul.* für sie mit, ausgeschlossen; geschah eine solche nur für Einen, so wirkte sie natürlich auch nur für ihn; nachdem es aber seit c. 13. *d.* dessen überhaupt nicht mehr bedarf, ist freilich die Folge des Erwerbs für Einen durch eine solche besondere *stipul.*, während die übrigen leer ausgehen, ausgeschlossen, allein in der letztwilligen Verfügung ein vollkommenes Mittel vorhanden, denselben Zweck zu erreichen. So ist denn nun auch fr. 33. *de Pactis* zu verstehen.

34 C. 13. *de Contrah. stipul.* Vergl. Savigny a. a. O. S. 82.².

35 C. *un. d.* vergl. Donell. *l. l.* §. 12.

36 Vergl. Anm. 15. Nach R. R. stand die Sache hier so, dass überall, wo der Principal eine *a. utilis* erhielt, der Mandatar mit der *directa* durch *exc. doli* abgewiesen werden konnte. Vergl. Mühlenbruch Cession, S. 495. 513. und Unterholzner a. a. O. S. 193 ff.

treter in Bezug auf die von ihm für einen Anderen erworbene Forderung auch alle diesem zuständigen Befugnisse auszuüben ermächtigt sei, und so darf er namentlich auch an ihn dieselbe erfüllen [37].

b. Das Verhältniss der väterlichen Gewalt (s. Buch V. Kap. 1. Abth. 3.) ist der Grund, weshalb die in derselben stehenden Kinder, wie überhaupt Rechte jeder Art, so auch Forderungen aus Verträgen, welche sie selbst mit dritten Personen eingegangen sind, für den Vater erwerben [38]. Da sie jedoch auch selbst Vermögen haben und mit Rücksicht auf dieses Forderungen erwerben können, auch ausserdem mancher Erwerb ihnen ausschliesslich zu Gute kommt, so ist das Ausführlichere hierüber mit der Vermögensfähigkeit der in väterlicher Gewalt stehenden Kinder überhaupt in die Lehre von der letzteren zu verweisen, und hier nur noch zweierlei zu bemerken, nämlich:

1) eine nirgends eingeschränkte Folge dieses Gewaltverhältnisses ist die, dass das Kind für den Vater überall und alle die Forderungen erwerben kann, welche es für ihn erwerben will, könnte es dieselben auch für sich erwerben, also dann stets die Eigenschaft eines Vertreters desselben an sich trägt; es ist daher auch einerlei, ob das Kind mit Bezug auf sein Peculium profectitium, oder unmittelbar für den Vater, ob auf sein Geheiss, oder freiwillig für ihn gehandelt hat [39]. Nur darin findet eine Beschränkung Statt, dass, wenn das Kind für sich oder ohne nähere Bezeichnung der Person eine Forderung von nur thatsächlichem Inhalt, wie die Befugniss, irgend etwas zu thun, erwirbt, diese auch auf dasselbe beschränkt bleibt [40].

2) Die Handlung des Erwerbs, also hier der Vertrag, kommt unter Berücksichtigung der subjektiven Beziehung auf den Handelnden selbst, nicht auf den Vater, in Betracht, mithin als eine solche des ersteren [41]. Daraus folgt, dass, wenn Wissen und Nichtwissen für den Erwerb einer Forderung relevant ist, die Kenntniss des Kinds nicht durch die Unkunde des Vaters zu dessen Gunsten aufgewogen

[37] Vergl. die Stellen der Anm. [52]; für *procuratores omn. bonor.*, Gewerb- und Handels-Geschäftsführer, Vormünder u. s. w. ist dies gar keinem Zweifel unterworfen (s. das.), aber auch für den mit einfachem Spezialauftrag versehenen Stellvertreter muss unbedenklich das Obige gelten, vergl. Mühlenbruch Cession S. 112. b. 114 f. Umstände können nähere Fingerzeige geben; ist z. B. ein Stellvertreter bei einem geschlossenen gegenseitigen Vertrag zur eigenen Leistung sofort bereit, so kann natürlich die Gegenleistung ebenfalls an ihn mit Erfolg geschehen. Dagegen wird ein durch den Stellvertreter empfangenes Darlehn nachmals nicht ohne Weiteres an ihn zurückgezahlt werden können; denn sein Auftrag ist mit dem Ausleihen erschöpft.

[38] Fr. 40. 45. pr. *de V. O.* fr. 38. §. 17. *eod. pr. I. Per quas pers. nob. acquir.* fr. 40. *de Stipul. serv.* (danach können Kinder auch nicht bedingt, auf den Fall der Emancipation für sich erwerben;) liberatorische Vertr. s. fr. 17. §. 7. fr. 18. 19. pr. §. 1. fr. 20. 21. pr. §. 1. fr. 59. *de Pactis;* es ist einerlei, ob sie diese für den Vater oder für sich schliessen.

[39] §. 4. *I. de Inutil. stipul.* §. 1. *I. de Stipul. serv.* fr. 40. 45. pr. *de V. O.*; danach ist es auch gleich, wenn für ein in derselben väterlichen Gewalt stehendes Kind vom anderen die Leistung beabredet wird. Abhängige Personen erwerben für den Gewalthaber sogar wider seinen Willen und sein Verbot, s. fr. 62. *de V. O.* Der Erwerb geschieht sofort, so dass er also, wenn er von einer Bedingung abhängig gemacht und diese nach der Emancipation des Kinds erst erfüllt worden ist, dennoch für den Vater geschehen ist, fr. 78. pr. *de V. O.* Der von Brinz Krit. Bl. Nr. 2. gegen den Begriff der sog. nothwendigen Repräsentation erhobene Widerspruch trifft mit der obigen Auffassung zusammen. Doch kann man den Ausdruck der Stellvertretung nicht als einen juristischen schon abgeschlossenen betrachten. Vgl. Arndts Pand. §. 76. Anm. 1. u. o. Anm. [14].

[40] §. 2. *I. de Stipul. servor.* fr. 130. *de V. O.* (*quasi sibi etc.*).

[41] Fr. 45. pr. coll. §. 1. *de V. O.* fr. 12. *de Contrah. emt.*

wird, hätte selbst der Vater den Auftrag dazu ertheilt, während des Vaters Wissen in seiner Wirkung wiederum nicht zu seinen Gunsten durch das Nichtwissen des Kinds ausgeschlossen wird [42].

Arglist bei Abschluss des Vertrags selbst wird rücksichtlich ihres Einflusses auf die daraus entstehende Verpflichtung von der Person des Kinds her in Betracht gezogen, und gegen den Vater wirksam [43].

Das Verhältniss der väterlichen Gewalt ist aber auch darin von eigenthümlicher Bedeutung, dass der Vater einen Vertrag mit Bezug auf das Kind schliessen kann und die Forderung daraus selbst erwirbt [44], soweit sie nicht blos eine thatsächliche Leistung, sondern eine solche begreift, deren Inhalt von an sich rechtlicher Natur ist [45].

2. Begründung von Verpflichtungen kann ebenfalls a. zuvörderst durch wirkliche Stellvertretung, wie bei dem Erwerb der Forderungen, vorkommen, also:

1) dadurch, dass der, welcher Schuldner werden will und soll, zum Abschluss des Vertrags einem Anderen Auftrag ertheilt [46]; sind es mehrere, so haftet jeder solidarisch [47]. Hier gilt im Ganzen über den Umfang des Auftrags dasselbe, wie bei dem Erwerb durch Bevollmächtigte, nur wird eine strenge Beachtung seiner Grenzen natürlich um so wichtiger sein, je leichter der Auftraggeber eine angesonnene Verpflichtung zu bestreiten geneigt, als ein ihm erworbenes Recht abzulehnen gesonnen sein wird. Eine nothwendige Voraussetzung der Verpflichtung des Auftraggebers gegen den Dritten ist aber die, dass sich der Stellvertreter bei Abschluss des Vertrags dem Anderen als solchen zu erkennen gegeben habe, indem der letztere, welcher natürlich immer annehmen darf und muss, dass derjenige, welcher mit ihm kontrahirt, sobald er nicht ausdrücklich das Gegentheil erklärt, für sich und

[42] Fr. 13. *de Contrah. emt.* fr. 51. pr. *de Aedil. Ed.* fr. 16. §. 3. 4. *de Liberali caussa*, fr. 2. *de Litigios.* (Was diese vom *servus* sagen, gilt natürlich vom *fil. fam.*). Die beiden letzteren Stellen sind für den Fall des ertheilten Mandats anscheinend in Widerspruch, allein die Bestimmung, dass hier dem mandirenden Herrn die Kenntniss des Sklaven, welcher den fraglichen Gegenstand als litigiös kennt, während ihm dies unbekannt ist, nicht schaden soll, hat nur auf die *poena litigiosi* Bezug, s. Cujac. *ad African. Tract.* 8. *Op. T.* I. p. 1494., eine übrigens, während der ohne Auftrag handelnde mit den Verhältnissen bekannte Sklav die Strafe für den Herrn verwirkt, ziemlich auffallende Konsequenz.

[43] Fr. 12. *de Contrah. emt.* fr. 4. §. 17. *de Doli exc.*; hierin ist auch noch der Unterschied anerkannt, dass, wenn *ex peculiari caussa* oder *negotio eorum actio intendatur*, d. h. wenn das Kind für sich selbst, mit Bezug auf sein *pecul.*, kontrahirt hat, der *dolus* desselben ohne weitere Beschränkung wider den klagenden Vater in Anschlag komme, wenn nicht so (*patris nomine*), nur der in *ipso neg.* begangene *dolus*, nicht der nachher erst vorgefallene.

[44] Fr. 39. 56. §. 2. 3. *de V. O.* §. 4. in f. *I. de Inutil. stip.* fr. 21. §. 2. *de Pactis*, c. 2. *de Contrah. stipul.*

[45] Fr. 130. *de V. O.* vergl. Anm. [29].

[46] S. die in Anm. [60] — [65] citirten Stellen, und 31. pr. *Negotior gestor.* fr. 10. §. 5. *Mandati*, fr. 19. pr. *de Institor.* und c. 5. *ej. tit.* fr. 13. §. 25. *de A. E.* Die Klage ist schon nach R. R. die *quasi institoria*, vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 143. und Fritz a. a. O. S. 241 ff. Die nach R. R. eintretende Möglichkeit der Wahl, den Beauftragten oder den Principal in Anspruch zu nehmen, (fr. 29. 67. *de Procur.* fr. 45. *Mandati*, fr. 1. §. 17. *de Exercit. a.* fr. 1. *de Institoria*) fällt jetzt nach Anm. [15] weg. Darauf, dass der Beauftragte gerade das konkrete Geschäft auch für sich selbst hätte schliessen und daraus mit Erfolg Schuldner werden können, kommt nichts an, so z. B. kann ein *fil. fam.* für einen Anderen ein Darlehn aufnehmen, ohne dass dieser Letztere sich mit der *exc. Scti. Macedon.* schützen kann, s. fr. 7. §. 11. *ad Sct. Macedon.* Ebenso kann eine Frau für einen Dritten an Stelle eines Auftraggebers intercediren. S. noch unten Anm. [55]. — Vergl. zum Gegensatz der Voraussetzung des Texts §. 129. bei Anm. [30].

[47] S. §. 89. Anm. [26] u. nachher Anm. [69] u. [70].

nicht für irgend einen Dritten kontrahire, sich nicht einen Anderen als Schuldner unterschieben zu lassen braucht, mit dem er gar nicht hat kontrahiren wollen. Er bleibt vielmehr mit diesem ausser kontraktlicher Berührung, und es kann zu seinen Gunsten wider den Auftragsgeber nur der nachher im Text unter Nr. 4) gestellte Punkt zur Sprache gebracht werden. Uebrigens also haftet ihm sein Mitpaciscent, der Beauftragte, welcher seinen Auftrag verschwiegen hat, allein [48]. Im umgekehrten Fall aber, also wenn der Vertrag mit Rücksicht auf den Auftragsgeber geschlossen worden ist, haftet der, welcher bei Uebernahme der Verpflichtung durch den Stellvertreter gebunden worden ist, ausschliesslich [49]; doch kann des letzteren Verhältniss auch von der Art sein, dass er den Geschäftsherrn im Process zu vertreten ermächtigt, und dann auch, so lange es besteht, gehalten ist, wie namentlich bei den nachher gedachten Vertretungen im weiteren Umkreis. Ist nun ein einfacher besonderer Auftrag ertheilt worden, so kann der letztere nicht über denselben hinaus verpflichtet werden [50], sondern wenn sich der Beauftragte nicht daran gebunden hat, so haftet er dem anderen Paciscenten selbst. Doch ist in dem Umfang des Auftrags zur Eingehung eines gewissen Geschäfts natürlich Alles enthalten, was das Wesen dieses letzteren selbst angeht, mithin, wenn nicht eine bestimmtere Bevorwortung und Anweisung dabei ertheilt ist, der Abschluss und die Ausführung des Vertrags nach seinen allgemeinen rechtlichen, vermöge seiner Natur sich von selbst verstehenden Beziehungen [51]. Ist der Auftrag allgemeiner und in grösserer Ausdehnung ertheilt worden, namentlich also zur Besorgung eines umfangreicheren Ge-

[48] Aus den Quellenzeugnissen lässt sich diese Ausschliesslichkeit unmittelbar vielleicht nicht bis zur Evidenz darthun, aber das Gegentheil freilich noch weniger. Der minder genügenden zu geschweigen, sind es besonders folgende Stellen, auf welche man sich berufen kann: §. 1. *I. Quod cum eo* vergl. mit §. 8. *eod.* und fr. 1. §. 3. fr. 5. §. 1. *Quod jussu* und bes. fr. 1. §. 9. *de Exercitoria*, von welchen die ersteren das Princip und das letztere eine Anwendung enthalten, s. dazu Thöl Handelsrecht §. 27. III. und bes. die Anmm. [14] und [16], ferner schon Mühlenbruch Cession S. 143. und 147. [296] 471. 1), u. Heise u. Cropp Abhandl. Bd. II. S. 388. [82]. Bei letzteren sind noch mehrere ältere Schriftsteller genannt, welche dieser Meinung sind, und ist auch erwähnt, dass Streit hierüber sei; indessen ist mir kein Dissentient bekannt. (Vergl. jedoch noch oben Anm. [15] 3, die Savigny'sche Ansicht.) Das stärkste Beweismittel aber beruht in der Natur des Verhältnisses im Ganzen und in den allgemeinen Grundsätzen, indem der wirkliche Auftragsertheiler dem Mitpaciscenten unbekannt bleibt, also in Bezug auf ihn auf Seiten des letzteren eine völlige Willenlosigkeit vorherrscht. Dagegen kann man sich auf den Erwerb von Forderungen für Dritte (s. Anm. [20]) nicht berufen, bei diesen kommt auf die Unbekanntschaft mit der Person des eigentlichen Gläubigers bei weitem weniger an, und die Zulässigkeit der Klage für letztere ist um so unbedenklicher, als jeder Mangel durch Cession sofort gehoben werden kann. Vergl. jetzt auch Buchka a. a. O. S. 231.

[49] S. Anm. [15] und [54].

[50] Fr. 13. pr. *de Pactis*, fr. 49. *de Procur.* fr. 5. pr. §. 3. *Mandati* fr. 63. pr. *de Contrah. emt.* fr. 1. §. 2. 3. *de Exc. rei vend.* c. 16. 19. *de Procur.*, vergl. noch die Stellen der Anm. [54]. Ob in solchem Fall das ganze Geschäft ungültig ist, oder dadurch, dass dem Inhalt des Auftrags noch nachgekommen wird, aufrecht erhalten werden kann, hängt von den Umständen ab. Die zweite und vierte der citt. Stellen enthalten die Beispiele: wenn eine Sache um einen geringeren Preis verkauft worden, als er aufgegeben, und wenn die Uebergabe von der Zahlung abhängig gemacht worden und vorher vom Mandatar geleistet war. Für den ersten Fall sagt die letztere von beiden Stellen, *res alienata non videtur*, — die erstere, es könne die Vindikation vom Käufer dadurch abgewendet werden, wenn er das Fehlende zulege; diese Modifikation ist also bei dem Ausspruch der ersteren mitzuverstehen. Für den zweiten kann das Bestehen der Obl. selbst nicht bezweifelt werden. Andere Beispiele s. in fr. 11. §. 5. *de Institoria a.*

[51] Arg. fr. 56. 62. *de Procurat.* s. z. B. fr. 1. §. 5. *de Exercit. a.*

schäfts, in Bezug auf welches mannigfaltige, bei Ertheilung desselben noch nicht bestimmt im Einzelnen zu übersehende Verrichtungen und Verhandlungen mit Anderen, also auch Verträge nöthig werden können, zur Verwaltung einer gewissen Angelegenheit, oder gewisser Vermögensstücke zu einem bestimmten, oder deren Natur entsprechenden Zweck, oder endlich gar zur Verwaltung des ganzen Vermögens des Auftraggebers, so erweitert sich mit den hiernach ausgedehnteren Befugnissen des Beauftragten die Nothwendigkeit für ersteren, dessen Handlungen, soweit sie zur Erreichung des Zwecks nöthig, oder vermöge seiner Art und Beschaffenheit angemessen und zweckmässig sind, und der von dem Geschäftsführer gegen den Geschäftsherrn zu vertretenden Verantwortlichkeit in der Besorgung entsprechen, als ihn bindend anzuerkennen, und also die Möglichkeit, aus den von ihm in diesem Kreis abgeschlossenen Verträgen Schuldner zu werden [52].

Dem Vorstehenden unbeschadet kann übrigens unter Umständen der Stellvertreter auch für seine Person verpflichtet werden, selbst wenn er innerhalb der Grenzen seines Auftrags geblieben ist. Wie nämlich der Bezug der zwischen ihm und dem anderen Kontrahenten als handelnden Personen zu Stande gekommenen Obligation auf den Principal nur vermöge des dem vorwaltenden wahren Willen und der Absicht der Paciscenten zuzuerkennenden entscheidenden Gewichts und der darauf fussenden Auslegung des Vertrags eintritt, so können besondere Umstände die Absicht als vorzugsweise auf die Person des Vertreters gerichtet und sein Einverständniss damit als vorhanden erkennen lassen, so dass seine persönliche Haftung zur Auswahl nicht beanstandet werden kann, ohne die wahre Absicht der Paciscenten zu beeinträchtigen und eine Erschwerung und Unsicherheit des Rechts herbeizuführen [52b].

Wie bei dem Erwerb der Forderungen durch Stellvertreter kommt auch hier die Handlung derselben als solche wider den Vertretenen wie seine eigene in Betracht. (Vergl. Bd. I. S. 147.) Ein Irrthum des ersteren wirkt also auch zum Nachtheil des letzteren, während ein in Willenlosigkeit übergehender das Zustandekommen des Vertrags hindert; arglistige Handlungsweise jenes in Zusammenhang damit verpflichtet auch diesen, indem sie nur den Umfang der Verpflichtung erweitert [53]. — Im Besonderen ist hierbei der Beauftragung zur Führung und Verwaltung (Agentur) eines gewissen Handelsgeschäftsbetriebs, also zum Thätigwerden in einem gewissen Gebiet von Geschäften, wie in dem eines Unternehmens in gewissen Handelsartikeln, eines Handelsgewölbes, Magazins oder einer Niederlage und sonstiger ähnlicher besonders kaufmännischer und Handelsgeschäfte, oder einer Fabrik, der Leitung eines Schiffs zum Transport von Personen und Waaren, oder sonst zu dergleichen Unternehmungen und Gewerben zu gedenken. Hierbei haftet der Principal aus allen den Geschäften, welche der Geschäftsführer in Gemäsheit der empfangenen Instruktion oder des Zwecks und Umfangs des Geschäfts abgeschlossen hat (*actio institoria*, *exercitoria*) [54]. Für die hierher gehörigen Fälle gelten im Be-

[52] S. fr. 58. 59. 63. *de Procur.*, wonach die Befugniss zum Veräussern nicht schlechthin dem *procur. omn. bonor.* zusteht, aber freilich auch nicht gänzlich als versagt betrachtet werden darf, fr. 12—15. *de Pactis*, fr. 17. §. 3. *de Jurejur.* fr. 20. *de Novat.* fr. 34. §. 3. *de Solution.*, wonach an einen *procur. omn. bon.* namentlich auch gültige Zahlung geleistet werden kann. Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 114. Anm. [233].

[52b] S. Anm. [15] 3, c,.

[53] Fr. 1. §. 10. *de Exercit.* fr. 4. §. 18. fr. 5. §. 3. *de Doli exc.* Natürlich haftet der Stellvertreter wegen eigenen *dolus* auch selbst. Vgl. Buchka S. 239. und 243.

[54] Fr. 1. §. 3. 4. 7. 12. *de Exercit. act.* fr. 5. §. 11. 12. fr. 7. §. 1. fr. 11. §. 5. *de Institoria act.* c. 1. 2. 3. *ej. tit.* (vgl. Anm. [46] a. E. und Anm. [17]). Die *exercitoria* und *institoria a.* waren ursprüng-

sonderen folgende eigenthümliche Grundsätze. Während sonst auf Seiten des Beauftragten volle Handlungsfähigkeit stillschweigend vorausgesetzt ist, kann ein Geschäft der hier gemeinten Art auch Unmündigen übertragen werden, so dass die mit diesen geschlossenen Verträge, sobald sie wirklich in Bezug auf das Geschäft gehandelt haben, den Geschäftsherrn binden[55]. Das Verhältniss zwischen dem Ge-

lich wahrscheinlich *a. quod jussu*, also auf Sklaven und Hauskinder berechnet, fr. 1. §. 19. *de Exercit. act.* und sind erst nachher auf freie Stellvertreter ausgedehnt worden, fr. 1. §. 4. *de Exercit. act.* §. 2. in f. *I. Quod cum eo* (s. jedoch Fritz a. a. O. S. 245.) und so wesentlich mit einander verwandt, dass die erstere eigentlich nur noch eine Species der zweiten ist; vergl. fr. 7. §. 1. *de Instit.* c. 4. *ej. tit.* — Zur näheren Charakterisirung der Stellvertreter von dieser Art ist noch Folgendes zu beachten: es kommt weder auf die Art, noch auf die Ausdehnung des Gewerbes, oder merkantilischen oder industriellen Unternehmens an, in den Beispielen der Stellen in Anm. 55 sind sicherlich nur ganz unbedeutende Kramläden oder Hökereien gemeint, s. ferner z. B. fr. 3. 4. (Hausirer) 5. pr. §. 3.—5. (Lohnkutscher) *de Institoria.* Erforderlich ist nur, *ut negotio* oder *negotiationi gerendae instet*, fr. 3. *d.*, also die Beaufsichtigung und Führung eines Geschäfts von fortlaufender Dauer an Stelle des Principals, während eine blos mechanische, wenn auch technische Dienstleistung dabei nicht dafür zu halten ist, doch kann beides in eine Person vereinigt sein, s. fr. 1. §. 2. *de Exercit.* fr. 5. §. 10. fr. 16. *de Institoria.* Dass auch auf andere einfache Auftragsgeschäfte der Begriff der *quasi instit. a.*, sowie der des *praepônere* ausgedehnt worden ist, kann hierher nicht gerechnet werden, s. Anm. 46, dagegen aber könnte ein Geschäft der Art allerdings darin bestehen, Gelder fortwährend aufzunehmen und zu verzinsen, wie bei einer Sparkasse. — Nach R. R. haftete der Institor aus dem Geschäft selbst zur Auswahl neben dem Principal, fr. 17. §. 1. fr. 19. pr. *de Instit.* fr. 1. §. 17. 24. *de Exercit.* Wegen des heut. Rechts vergl. Anm. 15. Mit der dort ausgeführten Ansicht sind denn auch die in der früheren, zu dieser im praktischen Erfolg schon hinstrebenden, Doktrin enthaltenen Modifikationen der römischen Bestimmung: der *institor* hafte nur, so lange er dies sei, — mit des Principals Gelde, — er könne, verurtheilt, die Exekution an diesen verweisen (s. noch Thöl a. a. O. S. 78. auch Glück Bd. 14. S. 257.) — er hafte dafür, dem Gläubiger aus des Principals Vermögen Zahlung zu verschaffen, und dergl. mehr, erledigt; s. Buchka S. 221 ff. Allerdings wird es bei Verhältnissen der obgedachten Art häufiger, wie bei den durch einfache Mandate abgeschlossenen Verträgen vorkommen, dass der Institor sich auch zur Prozessführung für den Principal als ermächtigt betrachtet, und vom Mitkontrahenten betrachtet wird, ohne es in der That zu sein, und beide somit leichter in Prozesse eintreten; Verwirrung und Erfolglosigkeit, selbst nach verurtheilenden rechtskräftigen Erkenntnissen, wenn der Richter keine Veranlassung genommen hat, die Legitimation in's Klare zu bringen, wird dann die Folge der vernachlässigten strengen Beobachtung der Prozessrechtsregeln sein. — Die Lehre von Geschäfts- und Gewerbeführungen dieser Art ist in der handelsrechtlichen Praxis von grosser Bedeutung, und hat auch durch diese oder partikularrechtlich manche nähere Bestimmungen erfahren. Indessen betreffen diese mehr die Anwendung der an sich durchaus praktischen römischen Grundsätze auf heutige Verhältnisse, denn an sich ist das römische Institut ganz das unseres heutigen Verkehrs. Vergl. Thöl a. a. O. §§. 20—33. so namentlich die verschiedenartigen Personen, (Disponent, Ladendiener, Börsendiener, Kassirer u. s. w. im Gegensatz zum Buchhalter, Korrespondenten, Comptoirdiener u. s. w.) welche als Institoren zu betrachten sind (§. 22.), — ferner, die Auslegung der Procura und der ohnedies durch die Natur des Geschäfts zuständigen Befugnisse (§. 24.), — vielleicht auch die Möglichkeit, den Institor selbst in der vorher widersprochenen Weise auszuklagen (S. Anm. 15 3, c,), — die möglicher Weise beschränkte Haftung eines Theils des Vermögens des Schuldners, nämlich des Kredits des Handlungsfonds (S. 88 f.).

[55] Fr. 1. §. 4. *de Exercit. act.* fr. 7. §. 1. 2. fr. 8. *de Institor. act.* Daher kann denn auch das diesen zu Statten kommende *benef. restit. in integr.* wegen ihres Alters nicht von den Principalen beansprucht werden, fr. 3. §. 4. *de Minor.* Dagegen vermag ich nicht, diesen Stellen, welche sich ganz unverkennbar als *jus singulare* zu erkennen geben, eine allgemeinere Beziehung abzugewinnen, wie Unterholzner S. 410. bei o) zu thun scheint; ich habe daher auch

schäftsführer und Geschäftsherrn kann sowohl durch Auftrag[56], als auftragslose Geschäftsbesorgung[57], durch Dienstmiethe[58] oder sonst irgend welche geeignete Form des Vertrags begründet sein[59]; endlich kann es (s. nachher S. 378.) auch in der väterlichen Gewalt beruhen. Rücksichtlich der Art und Weise des Auftretens des Geschäftsführers für den Geschäftsherrn bleibt es bei den allgemeinen Regeln (s. vorher Nr. 1) z. A.), doch werden es die Umstände eines solchen Geschäftsbetriebs häufig mit sich bringen, dass der erstere sich als solcher nicht allemal besonders zu erkennen zu geben braucht, indem sich dieses jenen zufolge schon von selbst versteht[60]. Die Ermächtigung des Stellvertreters, in den ihm übertragenen Geschäften den Geschäftsherrn zu vertreten, beruht zunächst in der ihm übertragenen Leitung derselben[61]. Hierin ist also immer schon eine stillschweigende Erklärung gegeben, dass man durch seine demgemäs geschehenden Handlungen und Verträge verpflichtet sein wolle, eben sowohl, wie man durch ihn erwerben will. Bei dieser Uebertragung und Bestellung kann der Geschäftsherr übrigens selbst schon durch einen Stellvertreter vertreten sein[62]; denn auch der Geschäftsführer ist in so ausgedehnter Weise berechtigt, sich einen Anderen zu substituiren, dass er dieses nicht nur ohne Wissen, sondern in Fällen der Noth, wenn es das Interesse des Geschäftsherrn gebietet, selbst gegen seinen ausdrücklichen Willen thun, ja sogar eine besonders von demselben verbotene Person an seiner Stelle ausersehen kann[63]. Das Nähere über den Umfang der Ermächtigung des Geschäftsführers pflegt jedoch oft in eine schriftliche Form gebracht zu werden (Procura), nur bedarf es deren nicht, so wenig wie einer ausdrücklichen Veröffentlichung oder irgend einer Anzeige[64], dass ein Verhältniss dieser Art bestehe, denn eine solche liegt, wie gesagt, in der Thatsache der Bestellung und der Führung des Geschäfts selbst. Dagegen ist eine Anzeige etwaniger Beschränkungen der Befugnisse des Geschäftsführers[65] nothwendig, wenn deren Umfang nicht dem Zweck und der Natur des Geschäfts entsprechend sein soll, und sich der Geschäftsherr nicht dem aussetzen will, die Entstehung von Verbindlichkeiten wider ihn nach den vorhergedachten allgemeinen Regeln beurtheilt zu sehen. Nur aus den innerhalb dieser selbst gezogenen, und beziehungsweise sich durch die Art des Auftrags und Geschäfts von selbst verstehenden Grenzen liegenden Handlungen haftet der Geschäftsherr, dann aber auch vollständig[66]. In Bezug auf die Innehaltung dieser Grenzen muthet

nicht für erforderlich gehalten, die Nothwendigkeit, dass Stellvertreter handlungsfähig sein müssen, besonders hervorzuheben; denn ohnedies könnten sie ja das Mandat gar nicht übernehmen, sondern habe die Bemerkung in Anm. [46] für hinreichend gehalten.

[56] Fr. 1. *de Instit.* fr. 1. §. 18. *de Exercit.*

[57] Fr. 1. *d.* die Möglichkeit ist hier wenigstens vorausgesetzt, wie selten sie auch zutreffen wird.

[58] Fr. 11. §. 8. fr. 12. *de Instit.* fr. 1. §. 18. fr. 5. pr. *de Exercit.*

[59] Z. B. wenn eine Tantieme am Gewinn dem *institor* ausgemacht ist.

[60] S. Anm. [48].

[61] Fr. 1. pr. §. 2. *de Exercit. act.* fr. 1. 3. 11. §. 2. *de Institoria.* Vergl. überhaupt Thöl a. a. O. S. 92 ff.

[62] Fr. 5. §. ult. *de Institoria.* fr. 7. pr. *eod.*

[63] Fr. 1. §. 5. *de Exercit.* vergl. Thöl a. a. O. S. 102 ff.

[64] Ueber die römische Sitte s. fr. 11. §. 2. 3. 4. *de Instit.* und vergl. Thöl a. a. O. §§. 29. 30.

[65] Fr. 11. §. 5. *eod.*

[66] *Conditio autem praepositionis servanda est*, fr. 11. §. 5. *de Instit. act.* Wie strenge die *lex praepositionis*, wenn eine solche gegeben worden, und entgegengesetzten Falls die durch den Zweck und die Natur des aufgetragenen Geschäfts gezogenen Grenzen zu beobachten sind, erhellt aus den Beispielen des fr. 5. §. 11. 12 ff. *eod.* Indessen darf man doch nicht am Worte hängen bleiben, sondern es entscheidet: *si ejus rei gratia contractum est*, (§. 11. coll. §. 15. *d.* wobei der Zusatz: *id est duntaxat ad id, ad quod eum praeposuit* wohl unächt sein wird)

übrigens das Recht demjenigen, welcher mit dem Geschäftsführer paciscirt, selbst einige Aufmerksamkeit darauf zu, ob der abzuschliessende Vertrag überhaupt zu dem Geschäft in Beziehung stehe, und demnächst ob sein Inhalt und der Umfang seines Gegenstands der Beschaffenheit und dem Charakter des Geschäftskreises entspreche[67]. — Wenn mehrere Geschäftsführer bestellt worden sind, so kommt es darauf an, ob sie nur in Gemeinschaft, oder auch jeder für sich allein sollen handeln dürfen, sowie, ob die einzelnen bestimmte Geschäfte aus dem ganzen ihnen überhaupt übertragenen Geschäftskreis verrichten sollen, oder ob eine Theilung der Art nicht geschehen ist; hiernach entscheidet es sich, ob und wieweit der Geschäftsherr aus den Handlungen der einzelnen verbindlich wird[68]. Beschränkende Bestimmungen der Art bedürfen aber namentlich einer Verlautbarung an Die, welche mit jenen kontrahiren, indem ohnedies der Geschäftsherr auch dann haftet, wenn die einzelnen über ihre Anweisung hinausgegangen sind[69]. Wenn Mehrere einen gemeinschaftlichen Geschäftsführer bestellt haben, so bleibt es auch hier bei der Regel, d. h. es wird jeder von ihnen durch diesen solidarisch verpflichtet[70].

und was *ejus rei sequela* ist (§. 16.). Auch hierzu enthalten diese Stellen Beispiele; wichtig ist namentlich darunter die Befugniss zu Geldanleihen, um das Geschäft überhaupt beginnen zu können, und um dadurch entstehende nothwendige Auslagen, wie den Miethzins der *taberna*, bestreiten zu können, so dass es eventualiter einer ausdrücklichen Beschränkung deshalb bedürfte (§. 13. *eod.* und die sogleich zu nennenden anderen Stellen), sowie die Veranlassung eines Vierten, als Bürge einzutreten (§. 16.). Ob übrigens das aufgenommene Geld zu dem vorgeblichen Zweck verwendet worden, darauf kommt nichts an, fr. 1. §. 8. 9. fr. 7. *de Exercit.* fr. 13. pr. 19. §. 2. *de Institoria.* Bei entstehendem Zweifel sind die Umstände sorgfältig zu berücksichtigen. Widerspricht die *lex praepos.* der Natur und dem Zweck des Geschäfts, beschränkt sie also den Geschäftsführer in den dazu gehörigen und danach erforderlichen Handlungen, so wird der Auftrag je nach Beschaffenheit und Ausdehnung des Widerspruchs ganz oder zum Theil ungültig sein; zuweilen überwiegt die Natur einzelner Folgen (*sequela*) des Vertrags die Instruktion, nämlich wenn dadurch solche geändert werden würden, die ihm nicht fehlen können, und die desfallsige Handlung des Geschäftsführers ist doch bindend, s. z. B. fr. 1. §. 5. *de Exercit.* — Aus Vergehen der Instit. haften die Geschäftsherren nicht, und Glück's Ausführung im entgegengesetzten Sinn, sofern sie bei Ausübung des jenem übertragenen Amts vorgefallen, im Komm. Bd. XIV. S. 247 ff. ist durchaus irrig; etwas Anderes ist es, wenn Institoren für die Erfüllung eines Kontrakts als Mittelspersonen gebraucht werden und durch deren unrechtliche Handlung nun jene nicht gehörig geschieht, dann entscheiden die allgemeinen Grundsätze über Zuziehung von Mittelspersonen, ohne dass darauf die Qualität der Institoren Einfluss hat, s. Thöl a. a. O. S. 105. 4. Davon sind die für die entgegengesetzte Meinung gewöhnlich citirten Stellen zu verstehen, wie fr. 5. §. 8. 9. *de Instit.* u. a. m. S. auch noch Fritz a. a. O. S. 238 ff.

67 Fr. 7. pr. §. 1. *de Exercit. act.*, vergl. dazu Thöl a. a. O. §. 31. der mir übrigens in der angesonnenen Erkundigungspflicht, namentlich über die Befugnisse des Institors selbst, etwas zu weit zu gehen scheint. Da hierüber das Weitere nicht von Umständen abhängig ist, so kann ich darin nur eine Klugheitsmaasregel erkennen. Die im Text angedeuteten Momente aber hängen ganz von solchen ab.

68 Fr. 1. §. 13. 14. *de Exercit.* fr. 11. §. 5. *de Instit.* Vergl. Thöl §. 32. z. A. und über die Klauseln „sammt oder sonders", (*in solidum*) resp. „sammt und sonders" (*si non omnes*) Glück Komm. Bd. III. S. 183. V. S. 263.

69 Fr. 11. §. 5. *ib.*

70 Fr. 1. §. ult. fr. 4. §. 1. 2. *de Exercit.* fr. 13. §. 2. *de Instit.* In Verfolg der in Anm. 15 erörterten Aenderung des römischen Grundsatzes von der Stellvertretung in Verträgen, wonach die Mandanten so betrachtet werden, als hätten sie selbst paciscirt, schliesst Buchka a. a. O. S. 244., dass diese nun auch *pro rata* haften müssten, weil das alsdann Regel sei. Der in fr. 4. §. 1. 2. *de Exercit. act.* ausgesprochene Grund, weil der Institor mit dem ganzen Willen jedes einzelnen Principals handele, passe nicht mehr, weil der dritte Kontrahent nicht mit ihm, sondern mit den einzelnen letzteren

Ueber den Auftrag hinaus wird jedoch in allen diesen Fällen der Vertretung der Auftragsgeber dann durch die von dem Geschäftsführer eingegangenen Verbindlichkeiten gebunden, wenn er dessen Handlungen hinterher genehmigt[71], und auch ohne dieses endlich, wenn und soweit er dadurch aus des Mitpaciscenten Vermögen sich annoch dauernd bereichert befindet, also aus demselben seinem eigenen Vermögen etwas zugegangen ist[72]. Uebrigens haftet der Stellvertreter, wenn er die Grenzen des Auftrags überschritten, dem Mitpaciscenten als Selbstschuldner. Hätte er gar keinen Auftrag gehabt, und sich gegen letzteren nur als Bevollmächtigter zu erkennen gegeben und benommen, so würde der eingegangene Vertrag ungültig, er aber demselben wegen dadurch zugefügten Nachtheils verantwortlich sein[72b].

Die Befugniss des Stellvertreters für den Geschäftsherrn endet mit seinem Verhältniss zu diesem, namentlich also durch den Widerruf des erhaltenen Auftrags und den Tod des letzteren. So lange jedoch dritten Personen, nachdem ihnen einmal die Eigenschaft des Stellvertreters angezeigt worden, und sie demgemäs mit

kontrahiren wolle. Die gemeine Meinung hält ganz entschieden an der römischen Auffassung fest, s. dens. S. 246. Anm. [22], und Buchka selbst räumt (S. 248.) ein, dass nach den im gegenwärtigen Handelsrecht feststehenden Ansichten die solidarische Haftung für dem Wesen der Societät entsprechend erklärt werden müsse, weil jeder Theilnehmer beim Eintritt zu erkennen gebe, dass er seinen ganzen Kredit für alle in Gesellschaftsverbindlichkeiten einsetzen wolle. — Mag nun die Konsequenz auch richtig sein, so vermag ich ihr doch der gemeinen Meinung gegenüber für jetzt kein überwiegendes Gewicht einzuräumen. Fusst nämlich der Hauptsatz auf Gewohnheitsrecht im bewussten Abgehen vom R. R., während man bei der im letzteren ausdrücklich ausgesprochenen Solidarverbindlichkeit beharrte, so ist m. E. jene Konsequenz eben damit gleichzeitig von vornherein konstant und ausdrücklich verneint; ihre Richtigkeit an sich muss daher unwirksam bleiben. Ich glaube aber auch, dass Gaius Grund (fr. 2. *de Exercit.*) *ne in plures adversarios distringatur*, *qui cum uno contraxerit*, immer noch passend genannt werden darf, wenn wir auch jetzt die Anschauung haben, dass mit den *pluribus* selbst, soviel den Erwerb des Rechts gegen sie anlangt, kontrahirt werde, indem die Aufstellung Einer Mittelsperson für Mehrere die Vermuthung, dass deren Verpflichtung als Eine untheilbare beabsichtigt sei, füglich zu rechtfertigen vermag, wenn nichts Anderes ausgemacht wird. Mit der von Buchka (S. 245.) gerügten Inkongruenz der (nur *pro partibus*) Statt findenden Rechte der mehreren hiernach solidarisch Verpflichteten bei gegenseitigen Verträgen hat es allerdings seine Richtigkeit. — Wird man nun den Textsatz als Ausdruck des praktischen Rechts nicht ablehnen können, so wird die Regel für mehrere Mandanten beim einfachen Mandat, ausser eigentlichen Handels- und ähnlichen Geschäften, auch nicht anders lauten können, da für jenes keine andere Basis der Beurtheilung, wie für diese gegeben und zu ermitteln ist; s. daher den Satz bei Anm. [47], und §. 89. Anm. [26].

[71] Fr. 60. *de R. J.* fr. 6. §. 9. fr. 24. 31. pr. *de Negot. gest.* fr. 1. §. 6. *Quod jussu*, fr. 66. §. 3. *de Evict.* fr. 58. pr. *de Solution.* c. 7. §. 1. *Quod cum eo.*

[72] Fr. 15. pr. *de Dolo*, fr. 13. §. 17. *de A. E.* fr. 3. *Quando ex facto tut.* c. 7. §. 1. *d.* s. Anm. [86].

[72b] Hier ist Buchka S. 238 f. in sofern a. M., als er den Mandatar nun als in der Oblig. stehend betrachtet; primär gehe die Absicht des Dritten auf den angeblichen Mandanten, eventuell aber auf den Mandatar, weil dieser überhaupt nur in sofern nicht als Kontrahent angesehen sein wolle, als die von ihm als Mandant bezeichnete Person nach dem Vertrag dafür gelten solle. Mir scheint hierin eine Abweichung von der übrigens so überzeugend von Buchka entwickelten Grundanschauung (s. Anm. [15]) zu liegen, und diese eventuelle Absicht nirgends gerechtfertigt zu sein. Allerdings wird der falsche Mandatar *ex dolo* verpflichtet, er muss, nach dem gewöhnlichen Ausdruck, die Garantie des Mandats übernehmen; und das Interesse daher kann mit dem aus dem eingegangenen Vertrag vollständig übereintreffen, — allein diesen selbst nun als bestehend, und den fälschlichen Mandatar als Schuldner zu betrachten, vermag ich nicht. Er müsste ja dann auch möglicherweise Gläubiger sein?

ihm in Geschäftsberührung getreten sind, die Auflösung des Verhältnisses nicht bekannt geworden, muss der Geschäftsherr oder sein Erbe die von den Vertretern annoch mit jenen abgeschlossenen Verträge und eingegangenen Verbindlichkeiten gegen sich gelten lassen [73]; aber auch wenn das Ableben des ersteren bekannt geworden, ein Handels- oder Gewerbs-Geschäft jedoch ununterbrochen fortgesetzt worden ist, haftet der künftig erst eintretende Erbe aus den bis dahin abgeschlossenen Verträgen des Geschäftsbesorgers ebensowohl, als wenn er selbst dasselbe wie bisher fortgehen lässt [74]. Es ist daher eine zeitige Bekanntmachung der eingetretenen Veränderungen mit ihren Folgen unter allen Umständen von der Vorsicht dringend geboten [75].

2) Eine amtliche Stellvertretung mit gleicher Wirkung [76] findet Statt durch Vormünder und Kuratoren [77], und durch Vorsteher und Verwaltungsbeamte juristischer Personen und Gemeinden [78]. Der Umfang der Verbindlichkeiten, welche sie den durch sie vertretenen Personen auflegen können, ist durch ihre Stellung und den Kreis der ihrer Verwaltung anheimgegebenen Angelegenheiten bedingt; er kann sich also, wie namentlich bei Vormündern, wenn deren nur einer bestellt ist, oder wenn mehrere die Verwaltung ungetheilt führen, für jeden einzelnen allein, sobald kein anderer Widerspruch erhebt, auf das ganze Vermögen der vertretenen Person erstrecken, wenn aber getheilt, so ist jeder in seinem Geschäftskreis dazu befugt [79]. Auch diese stehen, wenn sie aus den von ihnen für Andere eingegangenen Verträgen angegriffen werden, rücksichtlich der Vertheidigung dagegen den unter Nr. 1) gedachten Stellvertretern ganz gleich [80]. Dagegen haften sie ihrem Mitpaciscenten aus arglistiger Weise ihm dabei zugefügten Nachtheil [81], soweit dieser dem Vertretenen nicht zum Besten gekommen und derselbe nicht dadurch sich noch bereichert befindet [82], und soweit sie die Grenzen ihres Amts überschritten haben, als Selbstschuldner [83].

[73] 1) Fr. 34. §. 3. *de Solut.* 2) fr. 5. §. 17. *de Inst.*

[74] Fr. 17. §. 3. fr. 11. pr. *eod.* Es wird also wider den Erben vermuthet, dass er mit dem *institor* das Verhältniss fortsetze, so lange die *praepositio* nicht widerrufen ist, und dieser das Geschäft fortführt. Ueber die erstere Stelle und fr. 5. §. 17. *eod.* s. Glück Komm. Bd. XIV. S. 258. und 262 ff.

[75] Vergl. Thöl a. a. O. S. 94., ebenso ist es mit erst später geschehenden Einschränkungen der Instruktion.

[76] Vgl. auch Anm. [72].

[77] Fr. 8. *Quando ex facto*, c. 1. 3. *ej. tit.* fr. 2. pr. fr. ult. *de Admin. tut.*

[78] Fr. 27. *de R. C. Nov.* 120. c. 6. §. 3. fr. 3. §. 2. *de Admin. rerum etc.* Die beiden ersteren Stellen handeln vom Darlehn, für welches noch im Besonderen erforderlich ist, dass es in den Nutzen der Kommune oder *pia caussa*, für welche es aufgenommen worden, verwendet sei.

[79] S. fr. 1. pr. §. 1. *de Administrat. tut.* fr. 43. §. 1. *eod.* und wegen des letzten Satzes fr. 7. §. 3. *de Curator. furiosi*, *arg.* fr. 51. *de Admin. tut.* c. 2. *Si ex plurib. tut.*

[80] Nach R. R. bestanden hier unter gewissen Umständen manche eigenthümliche Vorschriften, so: dass diese Vertreter während ihrer Amtsführung selbst, aber nur soweit in Anspruch genommen werden konnten, als das Vermögen der vertretenen Person reichte, fr. 43. §. 1. *de Administr. tut.*, und dass sie nach Austritt aus dem Verhältniss der Vertretung die Klage mit *exc.* abwehren konnten, fr. 5. *Quando ex facto* c. 1. *eod.* c. 15. *de Administr. tut.* Vergl. Rudorff Vorm.-R. Bd. II. S. 334 ff. Savigny a. a. O. S. 36 ff. Im heut. R. ist dies nach Anm. [15] völlig verändert, indem die amtliche Stellung die Wirkung eines Auftrags hat, (vergl. Savigny a. a. O. S. 53.) der Vertreter kann für sich gar nicht, sondern nur für den Anderen angegriffen werden, daher fallen diese Beschränkungen als überflüssig weg.

[81] Fr. 198. *de R. J.* fr. 13. §. 7. *de A. E.*

[82] Fr. 15. pr. *de Doli exc.* fr. 3. *Quando ex facto tut.* vgl. Anm. [28]. Wegen mancher hiermit zu vereinigende Anwendungen dieses Satzes enthaltender Stellen, wie fr. 3. §. 1. *de Tribut. act.* fr. 21. §. 1. *de Peculio*, fr. 1. *Quando ex facto* u. fr. 1. §. 6. *Ne vis fiat ei*, s. Unterholzner a. a. O. S. 409 f). Vergl. Anm. [86].

[83] Fr. 43. §. 1. *de Administr. et periculo* (*v.*

3) Das Nämliche, was vorher unter 1. a. 7) von der Kontrahirung von Forderungen für den Paciscenten und seine Erben gesagt worden, gilt umgekehrt von deren Verpflichtung durch ihren Erblasser[84] (vergl. diesen §. a. E. unter II. B.); ebenso kann auch von ihm für diese, oder einen von mehreren eine Verpflichtung in der Art übernommen werden, dass sie erst in dessen Person beginnen soll, wobei dann natürlich vorausgesetzt ist, dass die bezeichnete Person wirklich Erbe werde, und die Uebernahme der Verpflichtung als nothwendige Bedingung dabei, beziehungsweise als Folge jener Eigenschaft, erscheint[85].

4) Wenn durch die Handlung desjenigen, welcher als Stellvertreter eines Anderen bei einem Vertrag aufgetreten, diesem aus dem Vermögen des Dritten ein dauernder Vortheil zugekommen ist, so haftet derselbe soweit, wie letzterer reicht, aus dem Vertrag für den Stellvertreter. Ausser den hierher auch gehörigen, bisher schon erwähnten Fällen der Stellvertretung durch Beauftragte und durch Vormünder und Vorsteher, ist hierher zu zählen; wenn Jemand in der Eigenschaft eines unbeauftragten Geschäftsführers oder sonst als Vertreter des Interesses eines Anderen gehandelt hat, und eine eigene Verbindlichkeit deshalb mit einem Dritten eingegangen ist[86], und wenn, was eigentlich nur eine Anwendung dieses Satzes ist, einer

Curator cum officio egressus etc.) fr. 13. §. 7. *de A. E.*

84 Fr. 2. §. 5. fr. 4. pr. 85. §. 3. *de V. O.*

85 C. un. *Ut act. ab hered.* (*coll.* fr. 33. *de Pactis, v. si heres factus sit.*)

86 Es ist eine bei Theoretikern wie bei Praktikern sehr verbreitete Meinung, dass, sobald Jemand nur aus dem Geschäft irgend eines Anderen mit einem Dritten, also auch wenn ganz zufällig, einen Vortheil gezogen habe, demjenigen, welchem dadurch etwas entgehe, eine *de in rem verso a. utilis* wider den Gewinnenden zuständig werde. Vgl. Glück Komm. Bd. XIV. S. 417. u. die bei Kämmerer in d. Zeitschrift Bd. VIII. S. 354 f. Gen., doch ist sie niemals ganz ohne Widerspruch geblieben, s. dens. S. 357. Viele gehen nicht soweit, sondern erkennen eine Ausdehnung der *de in rem verso a.* nur in dem Fall an, wenn ein *negotior. gestor*, *procurator* oder *mandatarius* mit einem Dritten kontrahirt habe, und hierbei aus des letzteren Vermögen für den Geschäftsherrn ein Vortheil erwachsen sei, (s. die das. S. 353. Gen.) Dritte, auch zahlreiche, beschränken sich hierbei auf den ersten (das. S. 352 f.); Vierte endlich leugnen alle und jede Ausdehnung der *in rem versio* (das. S. 351.) über ihre ursprüngliche Anwendung (s. b. 2. 1)), s. ferner die Lit. ebenfalls ausführlich bei Fritz Erl. a. a. O. S. 248 ff. Es kommt hierbei auf die Auslegung der c. 7. §. 1. *Quod cum eo* an. Gegen die erste Parthei spricht, dass ihre Ansicht zu den exorbitantesten Resultaten führt, und mit anderen klaren Rechtssätzen in Widerspruch geräth, s. Kämmerer S. 356 ff. Die vierte Parthei hat neuerlich Verstärkung erhalten durch Puchta Vorles. zu §. 279. S. 115 f. und Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 31 f. Ersterer erklärt die in c. 7. §. 1. *d.* gedachte Klage von einer *a. negot. gest. ad exempl. institoriae;* letzterer davon, dass der freie Stellvertreter stets eine *a. mandati* oder *negotior. gestor. contraria* habe, die er dem dritten Kontrahenten abtreten müsse. Abgesehen davon, wenn letzteres aus thatsächlichen Gründen nicht möglich ist, oder der Fall nicht unter den Begriff der *negot. gestio* passt, oder der *gestor* keinen abtretbaren Anspruch erwirbt, (s. §. 114. I. z. B. bei Anm. 13 ff. u. 32), scheinen somit beide Schriftsteller auf die schon von *Cujac.* (*Op. T. IX.* p. 328 sq. *ad* c. 7. *d.*) gelehrte *a. neg. gest. utilis* zurückzukommen. Indessen bezeichnet doch die erste Alternative in c. 7. *d. nisi vel in rem ejus pecunia processit*, unwidersprechlich etwas Besonderes, und wie W. Sell Civil. Vers. Bd. I. S. 43. u. Fritz S. 251 f. ziemlich überzeugend dargethan haben, eben dasselbe, was sonst durch *in rem versum esse* ausgedrückt wird; vergl. noch ir. 27. *de Reb. cred.* Man wird daher in seinem Recht sein, hier wirklich eine *a. de in rem verso utilis* anzuerkennen, s. auch Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 422., und ist somit auf die Entscheidung zwischen den beiden mittleren Partheien zurückgewiesen; es fragt sich m. a. W., auf welche Fälle diese Klage zu erstrecken, resp. zu beschränken sei? — Mag nun bei anderen Verhältnissen, Mandat, Vormundschaft u. s. w. dem Dritten immerhin eine analoge Klage aus dem Geschäft selbst

von mehreren Gesellschaftern ohne Auftrag der übrigen für die Gesellschaft Schuld-

gegen den Principal zustehen, so sehe ich doch nicht ein, warum nicht daneben auch noch jene besondere Klage ihm zuständig sein solle, wenn sie überhaupt im Recht existirt. Auf etwas Anderes kommt aber der von Sell zuletzt versuchte Beweis, der Ansicht der obgedachten dritten Parthei, abgesehen von manchen dabei unterlaufenden Irrungen (wie z. B. dass die c. 7. *d.* eine correctorische sei, während darin ein hergebrachter Satz nur gelegentlich erwähnt wird,) im besten Fall nicht hinaus. Da nun die c. 7. *d.* ganz allgemein von einem *libero res alicujus agente* im Gegensatz zu Vertretern in *potestate* spricht, so ist man bei der sonstigen generellen Natur der Klage nicht nur berechtigt, sondern verpflichtet, ihr überall und soweit Wirksamkeit zuzuerkennen, wie durch einen Stellvertreter im weitesten Sinn Vermögensobjekte des Dritten „*in rem*“ des Vertretenen gelangt sind. Sonach hat also die zweite der Eingangs gedachten vier Meinungen eine genügende exegetische Grundlage, und da die Praxis noch weiter reicht, mithin, während ihre zu weite Ausdehnung jetzt allgemein reprobirt wird, dieselbe Meinung unterstützt und ohnehin hauptsächlich die ihr angehörigen Fälle umfasst, so wird die letztere als der Ausdruck der herrschenden rechtlichen Ueberzeugung angesehen werden dürfen. S. auch Kämmerer a. a. O. S. 358. und Thöl's Samml. v. Entsch. des O.-A.-G. zu Lübeck. Nr. 10. — Ueber Sell's Ansicht ist jedoch hier noch Folgendes Weitere zu bemerken. Bekanntlich suchte er dem Satz als einem allgemeinen und sehr wichtigen Geltung zu verschaffen: „dass sich Niemand mit eines Anderen Schaden bereichern dürfe,“ und behauptet für diesen Fall eine besondere Klage, welche nicht eigentlich die *a. de dolo* sei (S. 35 u. S. 52. [5]). Dawider muss ich zuvörderst entgegnen, dass ich diesen Satz als eine allgemeine Rechtsregel der Art, dass sie einen obligatorischen Grund von allgemeiner Natur bildete, nicht zugeben kann, sondern nur als einen Erklärungsgrund für einzelne Bestimmungen in diesem Sinn, dass ich somit in diesen keine Anwendungen einer solchen Regel erblicke, sondern besondere Rechtssätze, deren jeder durch jenes Motiv für den vorausgesetzten besonderen Fall gerechtfertigt werden soll. (Vgl. Anm. [131] und auch §. 16. Anm. [2].) Wenn er dann aber (S. 48.) seine Rechtsregel „für das Mittel zur Ausfüllung einer ohnedies — da er die Ausdehnung der *in rem versio* über die Fälle der *neg. gestio* hinaus leugnet, — bleibenden Lücke im Recht hält, — nämlich, dass, wenn kein anderer speziellerer Verpflichtungsgrund vorhanden sei, die Thatsache der Bereicherung als Verpflichtungsgrund *ex re* gelte; was demnach die ältere Theorie und die Praxis irrig als *versio in rem* betrachte, sei eigentlich Ausfluss dieses Grundsatzes; — durch diesen werde derselbe Zweck, wie durch die *in rem versio* aus dem Grunde vollkommen erreicht, weil beide in Zweck und Gegenstand übereinstimmen,“ so kann ich hierin, das letztere als richtig zugegeben, (vergl. dens. S. 49. [1] u. 17. [2]) nicht nur keine praktische Verschiedenheit von der bestrittenen gemeinen Meinung, sondern in der Substitution des Grundsatzes von der Bereicherung für die *in rem versio* in der Anwendung auf die hier in Rede stehenden Fälle nur einen anderen Namen, im Besonderen der möglichen Klage, für ein übrigens unverändertes Verhältniss erkennen. Daher bin ich denn auch mit Sell's Resultat S. 16 ff. ganz einverstanden, dass der Begriff der Bereicherung als ein dauernder Zustand, nicht als ein vorübergehendes Ereigniss zu betrachten sei, fr. 18. *Quod metus caussa*, so dass also eventualiter der vorhandene Ueberrest in Anschlag kommt, fr. 22. *de H. P.* sei sie übrigens ein positiver Zuwachs, oder eine Ersparniss, fr. 47. §. 1. *de Solution.*, s. Anm. [102], und zwar muss die Bereicherung dann noch vorhanden sein, wo sie als relevant in Betracht kommt, also, wenn der Bereicherte der Kläger ist, und ihm die Thatsache der Bereicherung durch *exceptio* opponirt wird, die Zeit der Klage, wenn Verklagter, und einem Einwand desselben mit der *replica doli* begegnet werden muss, die Zeit, wo er jene Einrede aufstellt, denn der *dolus* wegen der Bereicherung giebt sich zu diesen Zeitpunkten kund. (S. dens. S. 23 ff.) Nur habe ich noch ausdrücklich herauszuheben, dass der Zugang auch einen wahren Nutzen begreifen muss, nicht blos Verschönerungen, Verzierungen, Luxusgegenstände u. s. w., s. fr. 3. §. 4. 6. fr. 7. §. 3. fr. 10. *de In rem verso.* — Das Weitere bei dieser Klage richtet sich nach der eigentlichen *de in rem verso a.*, s. b. 2. 1). — Neuere Erörterungen über die *a. de in rem verso* s. bei H. Witte die Bereicherungsklagen (Halle 1859), §§. 33. 34., der viele Entdeckungen gemacht zu haben glaubt.

ner eines Dritten geworden, und die von diesem empfangenen Gegenstände im Interesse der Gesellschaft verwendet hat [87].

5) Ein für sich stehender Fall besonderer Art endlich ist der, dass, wenn eine Frau dem Vellejanischen Senatsbeschluss zuwider an Stelle eines Dritten, der eigentlich einen Vertrag mit Jemandem abschliessen wollte, denselben abschliesst, welcher also der darin anerkannten Intercession wegen wider sie selbst unwirksam ist, der Dritte durch denselben so verpflichtet wird, wie die Frau dieses beabsichtigte [88].

b. Das Verhältniss der väterlichen Gewalt bietet keine Veranlassung dar, den Vater durch Verträge der Kinder schlechthin als verpflichtet erscheinen zu lassen [89], vielmehr fehlt es diesen keineswegs an der Fähigkeit, sich selbst zu verpflichten [90], und es ist auch in jenem allein kein Grund vorhanden, sie als Stellvertreter des Vaters zur Kontrahirung von Schulden zu betrachten. Dagegen aber können Kinder sowohl auf Geheiss des Vaters, also gleich wirklichen Stellvertretern, Verträge mit Dritten abschliessen, aus welchen er Schuldner wird, als auch ihre selbstständigen, also für sich selbst geschlossenen Verträge unter Umständen eine eigenthümliche Rückwirkung dieser Art auf den Vater äussern, so dass er aus diesen demgemäs angegriffen werden kann.

1. Zu der ersten Klasse, der Stellvertretung, gehören: 1) die schon vorher unter a. 1) enthaltenen Fälle der Gewerbe- und Geschäftsführung, welche der Vater

[87] Fr. 82. *Pro socio;* was hier von *pecunia* gesagt ist, muss unbedenklich auch auf andere empfangene und *in communem arcam* gewendete Sachen bezogen werden. S. über diese Stelle Treitschke die Gewerbegesellschaft §. 61. Die *socii* haften übrigens dann nur *pro rata.* A. M. ist Sell a. a. O. S. 48., der die Stelle nur vom Verhältniss der Genossen unter sich versteht, s. jedoch Treitschke a. a. O. Anm. [1]. Dagegen ist hier zwischen letzterem und Thöl Handelsrecht Bd. I. S. 119. in sofern eine Meinungsverschiedenheit, als jener für erforderlich und in fr. 82. *d.* für gemeint hält, dass der *socius* im Namen der Societät mit einem Anderen kontrahirt habe, letzterer auch den Fall für ausreichend erachtet, wo jener schlechthin in eigenem Namen kontrahirt hat, so dass also reine *in rem versio* wirksam wäre. Der Beweis des ersteren scheint mir überzeugend, und diese Meinung hält sich auch dem Wesen der *in rem versio* in sofern konform, als sie keine Ausnahme davon, d. h. über das väterliche Gewaltsverhältniss hinaus statuirt, sondern eigentlich nur eine besondere Anwendung des im Text vorangehenden Grundsatzes der c. 7. §. 1. *Quod cum eo.* Viel weiter scheint hier Unterholzner a. a. O. S. 420 f. zu gehen, indem er ohne weitere Bedingung abgeleitete Ansprüche gegen die *socios* des einen kontrahirenden *socius* als möglich anerkennt; was er nach fr. 4. §. 1. *de Exercit. a.* als etwas Besonderes hervorhebt, versteht sich nach den allgemeinen Regeln über die *exercit. a.* von selbst; das *pr.* dieser Stelle beweist aber, dass das Handeln eines *socius* allein für die *societas* nicht schlechthin und in Ermangelung anderer Gründe diese, sondern nur ihn allein verpflichtet.

[88] Fr. 8. §. 14. *ad Sct. Vellejan.*

[89] §. 10. *I. de Action.* c. 6. 12. 13. *Quod cum eo*, c. 1. 3. *Ne filius pro patre*, c. 23. *de Pactis*, ebenso wenig werden die Kinder als solche durch Verträge der Väter gebunden, ausgenommen, soweit sie Erben derselben werden.

[90] Fr. 57. *de Judic.*, fr. 39. *de O. et A.* fr. 141. §. 2. *de V. O.* fr. 45. *de Peculio*, die Klage gegen das Kind konkurrirt also überall mit den nachher folgenden gegen den Vater möglichen (ausgen. die *tributoria a.*), oder es ist vielmehr eine und dieselbe nur gegen verschiedene Personen (s. z. B. fr. 44. *de Peculio*), wie die *a. exercitoria* und *institoria* (s. jedoch Anm. [54]), zu deren gewöhnlichem Klagegrund in der Richtung wider einen Dritten noch der Umstand hinzukommt, weshalb und in wiefern sie gegen diesen gerichtet werden können. Sie werden daher seit den Glossatoren *a. adjectitiae qualitatis* genannt. Ueber die römischen Formulareigenthümlichkeiten s. Fritz S. 235 ff. 246. Die Exekution aus Klagen wider das Kind selbst kann natürlich nicht in das Pecul. profect. geschehen, sondern muss, wenn es kein eigenes Vermögen hat, ausgesetzt bleiben.

dem Kind übergeben und wozu er dasselbe angestellt hat. Aus diesen haftet er gerade so, wie dort vom Principal gesagt worden ist.

2) Das Geheiss des Vaters an den Sohn, ein gewisses Geschäft vorzunehmen [91];

[91] §. 1. *I. Quod cum eo*, fr. 1. pr. *Quod jussu*. Hier ist nach R. R. die *a. quod jussu* auch *de jussu* gen., fr. ult. *eod.*, begründet, welche nur die aus dem konkreten Geschäft, *quod jussu patris gestum est*, entspringende, darum gegen ihn gerichtete Klage ist. Einerlei ist es, ob das Kind das Geschäft auf seinen Namen, oder als Stellvertreter des Vaters eingegangen ist, fr. 1. pr. *d. coll.* §. 6. *eod.* (*ratihab.*), man könnte daher diesen Fall zu Nr. 2. im Text zählen wollen, indessen entscheidet doch das Geheiss für den Charakter der Vertretung. — Die Doktrin der *a. quod jussu* ist in einer sehr schwankenden Lage, indem dabei nicht weniger bestritten ist, als: 1) an wen der *jussus* gerichtet sein müsse, ob an den Sohn oder an den Kontrahenten desselben, 2) ob das Geschäft eine Angelegenheit des Vaters oder des Sohns betreffen müsse, und 3) ob die Klage noch praktischen Werth habe? Namentlich hat von den beiden neuesten Monographen über diese Klage Schmid im Archiv Bd. 29. S. 111 ff. (1846) (s. auch bei diesem, sowie bei Chambon Beitr. zum Obl.-R. S. 203 ff. (1851) die Dogmengeschichte) wiederum zu beweisen gesucht, dass der *jussus* ausschliesslich als an den Dritten, den Mitkontrahenten, gerichtet und auf Angelegenheiten des Sohns bezüglich (also auch auf *pecul. castr. etc.*) zu verstehen sei, dass seine Ausdehnung auf Angelegenheiten des Vaters jedoch nicht ausgeschlossen, und dass die *a. quod jussu* unbedenklich für praktisch zu erachten sei; Chambon dagegen (unter Widerlegung Schmid's) a. a. O. S. 203 ff. und Andere, namentlich Vangerow Bd. I. S. 366 f. und Buchka a. a. O. S. 33. (auch unter Widerlegung Schmid's) verstehen ad 1) vorherrschend den *jussus* als an den Sohn gerichtet, den aber auch ein Auftrag an den Dritten ersetzen könne, da es einer Form dazu nicht weiter bedarf. Beide letztere sind ferner (nach W. Müller) ad 2) darin einverstanden, dass der *jussus* ausschliesslich in Angelegenheiten des Vaters zu denken sei (also nicht für kastrensisches und adventicisches Pecul.). Ich habe früher schon beide Punkte ebenso beurtheilt und der Text ist daher unverändert geblieben, indem dem ganzen Zusammenhang nach hier überhaupt nur von Angelegenheiten des Vaters die Rede ist, in denen das Kind für ihn thätig gewesen ist. Chambon a. a. O. will wieder (mit Thibaut) die *a. quod jussu* zulassen, möge in Angelegenheiten des Vaters oder des Sohns kontrahirt worden sein. Er dürfte hierzu in der That nur durch den nach ihm anders nicht zu lösenden Zweifel veranlasst worden sein, welche Klage dann gegen den Vater statthaft sein solle, wenn er wirklich in Angelegenheiten des Sohns solchergestalt aufgetreten sei? und um diese vermeintliche Lücke zu füllen. Allein jeden Falls ist dann ein *mandatum qualificatum* vorhanden; s. auch Vangerow a. a. O. — Es kommt mithin das durch diese Klage angedeutete Verhältniss einfach darauf hinaus, dass der Vater durch die Kinder in seinen Angelegenheiten soweit verpflichtet wird, als er mit den betr. Handlungen einverstanden ist, die in der Regel sogar auf sein „Geheiss" geschehen werden; vgl. auch Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 29 f. — ad 3) bejaht Schmid die Frage von seinem Gesichtspunkt aus, der freilich unrichtig ist. Andere haben sie darum verneint, weil sie die Anwendbarkeit der mit der *patria potestas* zusammenhängenden Klagen wegen geänderter Ansichten über die Familienrechtsverhältnisse überhaupt leugnen, s. z. B. schon *Cocceji jus civ. controv.* ad Tit. 5. Lib. 14. Dig. Koch R. d. Ford. Bd. II. S. 518. und überhaupt Chambon S. 255. Zu diesen kommt jetzt Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 53. und zwar darum: „weil der Auftrag des Vaters an den Sohn, durch einen Vertrag Verpflichtungen zu übernehmen, jetzt so wirke, wie jeder gleichartige Auftrag an einen Fremden". Dies setzt eine Rechtsanschauung voraus, deren Begründung erwartet werden muss, bevor eine Kritik möglich wird; sie involvirt eine vollständige Aufhebung des Einflusses der väterlichen Gewalt auf gegenseitige Rechtsverhältnisse zwischen Vater und Kind *in potestate*. Das darauf gegründete Resultat muss daher bis auf Weiteres auf sich beruhen; s. Bd. III. §. 141. Anm. [1] und §. 142. Manche haben die Klage misverständlich wegen der in §. 8. *I. Quod cum eo* und anderen Stellen erwähnten Kondiktion für unpraktisch gehalten, vgl. die bei Glück Komm. Bd. XIV. S. 428. Gen., s. auch Vangerow a. a. O. S. 368. und Chambon S. 257.; ich halte dagegen Savigny's Erklärung dieser Stellen (a. a. O. S. 34. vgl.

der Wille des Vaters hierzu braucht nicht nothwendig die Form eines Befehls an sich zu tragen[92], sondern es genügt die der Erlaubniss und des Einverstandenseins[93] und der Genehmigung[94], was namentlich auch in einer Anzeige an den anderen Kontrahenten geschehen sein kann[95]; es ist ferner nicht nöthig, dass sie sich auf einen bestimmten Fall beschränke, sondern sie kann sich auf einen gewissen ganzen Umkreis von Geschäften oder eine Mehrzahl von Fällen im Voraus beziehen[96]. Nur ist für die Eigenthümlichkeit des hierdurch zu begründenden Verhältnisses immer erforderlich, dass der Vater als solcher seinen Willen erkläre[97], und zwar auf eine positive Weise[98]; daher endet die Möglichkeit, ferner darauf hin zu kontrahiren, mit seinem Tod[99]. Der Widerruf des Geheisses hebt seine Wirkung für die noch nicht eingegangenen Geschäfte auf, muss aber, wenn eine Anzeige desselben an Dritte voranging, in gleicher Form, wie diese geschehen[100]. (Vergl. Bd. III. §. 142. bei Anm. 13. bis 20.)

2. Zu den Fällen der zweiten Klasse gehören diese:

1) Soweit dem Vermögen des Vaters durch ein vom Kind für sich eingegangenes Geschäft etwas zu Gute gekommen ist (*in rem versum*)[101], was ihm einen fortdauernden Vortheil gewährt[102], haftet der erstere für die dem letzteren daraus obliegenden Verbindlichkeiten, wie für eine eigene[103].

auch Chambon S. 263 ff.) für richtig, dass in ihnen nur von einer Kondiktion gegen den Vater, und zwar im Fall eines Gelddarlehns die Rede sei, weil hier der Vater das Geld erworben hat und dadurch die Darlehnsklage unmittelbar gegen ihn begründet wird. — Ich meines Theils halte die Klage darum für praktisch und unentbehrlich im Rechtssystem, weil der Sohn eben nicht Mandatar des Vaters sein kann, der *jussus* also als ein Surrogat dafür erscheint. Trifft er nun auch im Erfolg schon im R. R. mit dem Mandat nach dessen Auffassung im heut. R. völlig überein, so ist doch dieses Verhältnisses aus dem oben gedachten Grunde besonders ausdrücklich zu gedenken. — Die von Vielen (s. Glück Bd. XIV. S. 429. [89]) behauptete analoge Anwendung, wenn z. B. ein Vorgesetzter einem Untergebenen einen Vertrag abzuschliessen befohlen, ist nichts weiter als eine einfache Klage gegen einen Mandanten; denn ein Unterwerfungsverhältniss zu diesem Zweck, wie zwischen Vater und Kind, existirt dort nicht.

92 Auftrag ist hier Befehl, fr. 1. §. 2. *Quod j.*

93 Z. B. durch Unterschrift des Schuldscheins, fr. 1. §. 4. *eod.*

94 §. 6. *eod.*

95 Fr. 1. §. 1. *eod.* Ohne Zweifel kann dieses auch stillschweigend geschehen; doch ist darauf nicht ohne bestimmt feststehende Voraussetzung zu schliessen, s. ein Beispiel in c. 13. *Quod cum eo.*

96 Fr. 1. §. 1. *d.* wieweit die Grenze reiche, muss in Ermangelung ausdrücklicher Bevorwortung aus den Umständen entnommen werden; sie ist übrigens strenge inne zu halten und ein Ueberschreiten derselben bindet den Vater nicht, fr. 3. *eod.*

97 Ohne dieses würde das Verhältniss des Vaters einen anderen Charakter annehmen, wie etwa den der Bürgschaft, fr. 1. §. 5. *eod.* Vgl. dazu Glück a. a. O. S. 430 f.

98 Vgl. Nr. 2. 3. z. A. im Text.

99 *Arg.* fr. 50. 25. §. 15. *de Acquir. hered.*

100 Fr. 1. §. 2. *Quod jussu.*

101 Fr. 1. pr. *de In rem verso*, Stellvertretung kommt dabei nicht in Betracht, wohl aber *prout versum est*, s. fr. 10. §. 4. *eod.*

102 Fr. 10. §. 6. *eod.* Ersatz, Zahlung an den, *qui vertit*, hebt also den Begriff auf, §. 8. *eod.*; vgl. Anm. 86 a. E. Anwendungen: fr. 3. §. 1. (Bezahlung von Schulden) fr. 10. §. 2. (Novation) fr. 3. §. 7. (Ankauf von Viehfutter, wobei sogar dessen zufälliger Untergang den Begriff der *versio* nicht aufhebt) fr. 5. pr. (andere nöthige Bedürfnisse, über diesen Begriff und sein Maas s. fr. 3. §. 1—4. fr. 5. pr. fr. 7. §. 5. fr. 8. 9. *eod.*) Nach fr. 3. §. 2. reicht der Begriff der *versio* gerade soweit, wie die Verpflichtung, dem *procurator* oder *negot. gestor* durch die *a. contraria* Ersatz zu leisten. Indessen kann dies nur in der Voraussetzung des fr. 10. §. 6. *h. t.* verstanden werden, *ut duret versum*, coll. fr. 5. pr. *eod.*

103 Nothwendige Voraussetzung ist der ausdrückliche Bezug auf die Person und das In-

2) Wenn das Kind vom Vater ein Sondergut (Peculium profecticium) erhalten hat, und für sich, d. h. ohne Bezug auf die Person des Vaters, Geschäfte macht und Verbindlichkeiten eingeht, so haftet dafür der Aktivbestand dieses Sonderguts, so dass der Vater sich der Ausantwortung desselben zur Befriedigung der Schulden nicht entbrechen kann[104]; er darf jedoch dabei abziehen, was er selbst an das Kind zu fordern hat, während das, was er ihm schuldet, hinzugerechnet wird[105], ist aber für arglistige Verminderung desselben verantwortlich[106]. Das Kind wird übrigens hierbei dergestalt als selbstständig handelnd betrachtet, dass seine Handlungsfähigkeit für die Gültigkeit des Vertrags entscheidet[107], und dass das Verbot von Seiten des Vaters derselben keinen Eintrag thut[108]; nur Schenkungen begründen eine solche den Vater bindende Verbindlichkeit nicht[109]. Dagegen kann der Vater durch arglistiges Benehmen in Zusammenhang mit seiner Verbindlichkeit wegen des Sonderguts selbstständig verpflichtet werden[110]. Die Klage wider den Vater (*a. de*

teresse des Vaters, hat das Kind also *peculiari nomine*, d. h. schlechthin für sich kontrahirt, so findet der Begriff der *in rem versio* nicht Statt, s. fr. 7. §. 4. *eod.* und Beispiele in fr. 3. §. 2. fr. 5. §. 3. fr. 7. pr. §. 5. fr. 10. §. 10. *eod.* fr. 20. pr. *de Dolo*, ferner, dass die Verwendung auch wirklich geschehen und nicht blos vorgespiegelt sei, fr. 3. §. 9. *eod.* — Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 56. hält auch diese Klage für unanwendbar, weil der Grund derselben, dass das Kind aus einem für den Vater abgeschlossenen Vertrag keine Regressklage haben und dem Dritten cediren könne, jetzt wegfalle (das. S. 32.). Allein beabsichtigte Stellvertretung ist hier nicht vorausgesetzt, und wegen des vermeintlichen Wegfalls des Grunds gilt, was in Anm.[91] bezüglich der *a. quod jussu* gesagt ist.

[104] 1) Fr. 4. pr. §. 1. 2. *de Peculio*, Anwendungen: fr. 5, §. 2. *eod.* fr. 61. *Mandati*, fr. 27. *Depositi*, c. 1. *Quod cum eo.* 2) fr. 38. §. 2. *de Cond. indeb.* — Wegen Obl. aus Delikten haftet das Peculium nicht, fr. 1. §. 7. *de His qui effud.* fr. 58. *de R. J.* wohl aber für die daraus entstehende *a. judicati*, fr. 3. §. 11. *de Peculio*, und fr. 35. *de Noxal. act.* Uebrigens kann das Kind auch für sich verklagt werden, dadurch wird aber die *a. de peculio* nicht erledigt, wenn keine Befriedigung erfolgt; fr. 57. *de Judic.*, nach dieser Stelle geht die Klage durch des Kinds Tod in die *de peculio* über. — Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 52 f. hält auch die *a. de peculio* für veraltet, weil das *pecul.* nicht mehr die römische Bedeutung habe; der Sohn werde jetzt wie jeder andere Stellvertreter des Vaters, oder als dessen Institor in Betracht kommen. Hierauf steht meine Ansicht der von Savigny's Meinung über die *a. quod jussu* in Anm.[91] parallel. Ebenfalls für obsolet erklärt Dietzel in d. Jahrb. des gem. deutsch. Rechts, Bd. II. S. 1—52. (vgl. §. 141. Anm.[13]) und Bd. III. S. 58. die *a. de pec.* und zwar darum, weil sie nach c. 6. *de Bon. quae lib.* (s. das. Anm.[14]) eine Inkongruenz geworden, und ein ganz anderes *pecul.* zur Voraussetzung habe, als jene Konstitution. Die Verengung des Gebiets der *a. de peculio* mit dem des alten *peculii* ist richtig, aber darum ist die *a. peculii* nicht ganz und gar verschwunden, s. §. 141. Anm.[67] Zus.

[105] §. 4. *I. Quod cum eo*, fr. 9. §. 2—4. fr. 11. §. 2. 6. 9. fr. 12. pr. 52. pr. *de Peculio*, hierin auch Anwendungen darüber, was abgezogen werden darf. Der Vater geht also allen anderen Gläubigern vor, weil seine Forderungen den Bestand des *peculii* selbst vermindern, (s. noch fr. 11. §. 6. *eod.*) auf andere Schulden darf jedoch dabei nur dann Rücksicht genommen werden, wenn keine Bevorrechtete vorhanden sind, s. fr. 52. §. 1. *eod.* Die Grösse des *peculii* kommt nach dem Betrag zur Zeit der Verurtheilung in Betracht, fr. 30. pr. coll. 51. *eod.* Vgl. Pfordten Abhandl. S. 162 ff.

[106] Fr. 21. pr. §. 1. *eod.*

[107] Fr. 1. §. 4. *eod.* c. 6. pr. *ad Sct. Macedon.*

[108] §. 4. *I. Quod cum eo*, fr. 29. §. 4. *de Peculio.*

[109] Fr. 7. pr. *de Donat.*; dahin gehört auch das *p. de non petendo animo donandi*, fr. 28. §. 2. *de Pactis.*

[110] Fr. 5. pr. u. 36. *de Peculio*; so, wenn der Vater empfangene Pfänder oder Depositen nicht zurückgeben will, die dem Sohn gegeben waren. Unter Bezug auf diese Stellen, sowie fr. 3. §. 5. *Commdati* und fr. 1. §. 42. *Depositi* ist in einem in Seuffert's Arch. Bd. VI. Nr. 218. mitgetheilten Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck der Vater als haftpflichtig zum Schadensersatz erklärt, der seinem Sohn behülflich gewesen, als Lehrling einen Lehrkontrakt zu brechen.

peculio) ist nach Aufhebung des Gewaltsverhältnisses an eine einjährige Verjährung gebunden[111]. Der Grund, aus welchem der Vater in dieser Weise haftet, ist der, weil ihm das dem Kind bewilligte Sondergut gehört. Das dem Kind selbst gehörige anderweite Vermögen hat hiermit nichts gemein, daher Verbindlichkeiten, welche in Bezug auf dieses eingegangen worden sind, den Vater nicht berühren[112]. Zu dem Sondergut gehört nur dasjenige, was der Vater dem Kind zu anderen Zwecken, als zu blossen Bedürfnissen, also mit der Berechtigung, darüber zu verfügen, übergeben hat[113]. Erwerb und Ersparnisse daraus gehören dem Vater ebenfalls, sie vermehren jenes, wenn sie dem Kind belassen werden[114]. Mit der Zurücknahme, sowie mit der völligen Ueberlassung desselben an das Kind bei Auflösung der väterlichen Gewalt hört der Begriff des Sonderguts auf[115], während er, wenn es der Vater behält, oder das Kind stirbt, noch in sofern ein Jahr lang fortdauert, als, wie gedacht, der Vater noch so lange angegriffen werden kann[116]. Dasselbe gilt von des Vaters Erben nach seinem Tod[117].

3) Wenn ein Kind mit Wissen und Willen des Vaters ein Rhedereigewerbe für seine eigene Rechnung treibt, so haftet der letztere aus desfalls eingegangenen Verbindlichkeiten des ersteren[118]. Unternimmt dasselbe aber mit seinem Sondergut für seine Rechnung Handelsgeschäfte oder ein Gewerbe, so entsteht, wenn dieses auch nur mit Wissen des Vaters und ohne Hinderniss seinerseits geschehen[119], sobald Gläubiger in Zusammenhang damit entstandene Forderungen[120] geltend machen, für den Vater eine Nothwendigkeit der Art, dass er den in dem Geschäft angelegten und darin steckenden, beziehungsweise daraus zu lösenden Betrag des Sonderguts[121] zur zweckmässigen Befriedigung der Schulden verwende[122]; dabei kann er seine

Wird hier vorerst vorausgesetzt werden dürfen, dass der Sohn noch minorenn gewesen, als der Lehrkontrakt geschlossen worden, so kann letzteres nur vom Vater selbst geschehen sein, und dann haftet er natürlich aus dem Kontrakt wegen Nichterfüllung. Wäre hingegen der Sohn schon majorenn, also geschäftsfähig gewesen, so kann der Vater nur gleich jedem Dritten *ex dolo* haften, worauf ja die erste Stelle auch direkt abzielt.

111 Fr. 1. pr. *Quando de peculio* und Anwendungen davon in diesem ganzen Titel.

112 Fr. 18. §. 5. *de Castrensi.*

113 Fr. 40. §. 1. *de Peculio*, von Kleidern gehören also die nicht zur Nothdurft erforderlichen dazu, ausgenommen, wenn sie eine gewisse Bestimmung haben, coll. fr. 25. *eod.* Der Vater muss also veräussern können, fr. 3. §. 3. 4. *eod.*, ein früher gegebenes dauert fort, wenn der Vater z. B. wahnsinnig wird; §. 4. *d.*

114 Fr. 39. coll. 5. §. 2. *eod.*

115 Fr. 8. 40. in f. *eod.* fr. 182. *de V. S.* Fr. 1. §. 4. *Quando de peculio.* Vgl. Zimmern röm. Proz. Bd. I. S. 711. 59.

116 Fr. 1. pr. §. 4. fr. ult. *Quando de peculio.*

117 Fr. 1. §. 4. *d.* ebenso vom Fiskus, wenn Vermögenskonfiskation geschehen ist.

118 Dieser Fall wird in fr. 1. §. 20. *de Exercit.* als ein besonderer erwähnt; fehlt es an dem Willen, und weiss der Vater nur darum, so soll er nur *de peculio* haften. Der Unterschied vom *jussus* besteht darin, dass das Kind hier nicht für den Vater handelt, ihn also, weder für sich noch für ihn abschliessend, repräsentirt, sondern für seine Rechnung auftritt, indessen ist das Uebergehen beider Verhältnisse in einander fast unvermeidlich, aber praktisch gleichgültig, weil der Vater in beiden *in solidum* haftet. Vgl. noch Langebeck Adnot. c. 22. (Thes Ott. T. I. p. 561.)

119 Fr. 1. §. 20. *d.* fr. 1. §. 3. *de Tributoria.* Der Uebergang in der ersten Stelle *at institores*, ist zwar etwas unklar, die Sache selbst aber, der Handel *cum peculiarib. mercibus*, (s. auch fr. 11. §. 7. *de Instit.*) ausser Zweifel, mag ihn also der *fil. fam.* durch einen *institor* oder in Person ausüben; dem eigentlichen Handel steht nach fr. 1. §. 1. *de Tributoria, omnis negotiatio* gleich.

120 Fr. 5. §. 4. 7. *eod.* (*mercis nomine.*)

121 Fr. 5. §. 5. 11. 12. 13. 14. *eod.*

122 Fr. ult. *eod.* vgl. Glück Komm. Bd. XIV. S. 274.; wenn nur Ein Gläubiger vorläufig aufgetreten ist, so kann er zwar das Ganze bekommen, was er zu fordern hat, allein es kann auch von ihm Kaution gefordert werden, ver-

eigenen Forderungen jeder Art ebenfalls in Berechnung bringen, nicht aber vorweg abziehen[123]. Will der Vater der befriedigenden Vertheilung überhoben sein, so hat er die ganze Masse herauszugeben, wo sich dann entweder eine Privatabfindung unter den Gläubigern gestalten, oder vielleicht die Einleitung eines Konkursverfahrens nöthig wird[124]. Uebrigens haftet er für jedes widerrechtliche Benehmen bei dieser Gelegenheit[125].

B. Die Fälle, in welchen Jemand die aus unerlaubten Handlungen eines Anderen ausserhalb von Vertragsverhältnissen, also unmittelbar entspringenden Obligationen zwischen jenem und einem Dritten gegen sich gelten lassen muss, ordnen sich in zwei Klassen:

1. Man kann nämlich, zuerst, selbstständig durch solche Handlungen verpflichtet werden, also durch eine Betheiligung daran. Diese geschieht:

1) durch eine mittelbare Theilnahme, so dass man an der Handlung als mitschuldig erscheint. Eine solche ist möglich durch Auftrag und Anstiftung, also intellektuelle Urheberschaft[126], durch Rath und Hülfsleistung dabei[127], durch Genehmigung derselben, so dass man sie wie von sich selbst ausgegangen anerkennt[128], und durch Geschehenlassen solcher Handlungen unter Umständen, wo man durch die persönliche Stellung zum Thäter, als Vater mit väterlicher Gewalt, oder Dienstherr, sie hätte hindern können und also sollen[129]. Ebenso haftet derjenige für seine

hältnissmässig davon zurückzahlen zu wollen, wenn mehrere auftreten sollten; fr. 5. §. 19. *eod.*

[123] §. 3. *I. Quod cum eo*, fr. 1. pr. 5. §. 7. 9. *de Tribut. act.*, es findet hier die *tributoria a.* Statt. Vorzugs- und Pfandrechte kommen in Anschlag, s. §. 8. 17. *eod.* Vgl. Pfordten a. a. O. S. 163.

[124] Fr. 7. §. 1. *eod.* Hierbei kann, wenn verschiedene Geschäfte und Gewerbe getrieben werden, und zu jedem Gläubiger konkurriren, Separation der Massen vorkommen, fr. 5. §. 15. 16. *eod.* Die Möglichkeit des Konkursprozesses in Verbindung damit, dass nach heutigem Recht der Sohn dadurch aus der väterlichen Gewalt tritt, wenn er ein eigenes Hauswesen beginnt, oder sich selbst etablirt, sind die Gründe, aus welchen häufig die Anwendbarkeit der *a. tributoria* bestritten worden ist. Allein sie beweisen nicht mehr, als dass diese seltener geworden ist, unmöglich geworden ist sie keineswegs; s. Glück Komm. Bd. XIV. S. 895.

[125] Fr. 7. §. 2. 3. 4. *eod.* enthalten Beispiele dazu. Die Erben haften nur *de eo*, *quod ad eos pervenit*, §. 5. und fr. 8. *eod.*

[126] Fr. 169. *de R. J.* fr. 1. §. 12. *de Vi*, fr. 11. §. 3—6. *de Injur.* S. noch die Stellen §. 100. Anm. [14].

[127] S. §. 4. 11. *de Obl. quae ex del.* fr. 43. 6. *de de Furtis* (und viele andere Stellen dieses Titels, z. B. fr. 50. §. 1. fr. 52. §. 1. 13. 19. 21. u. s. w.) fr. 27. §. 21. *ad Leg. Aquil.* fr. 11. §. 6. *de Injur.* fr. 53. §. 2. *de V. S.* Glück Komm. Bd. X. S. 386. behauptet nach Aelteren als gerichtsgebräuchlich, dass in diesem Fall nur eine subsidiäre Verpflichtung eintrete; ich kann aber den Beweis nicht für genügend halten. Es scheint hier die Entschädigungspflicht mit der Strafe verwechselt zu sein.

[128] Fr. 1. §. 14. *de Vi*, fr. 152. §. 2. *de R. J.* Glück a. a. O. S. 386. leugnet nach Einigen, dass diese Stellen, ausgenommen bei Injurien, bei uns Anwendung erfahren hätten. Es darf aber darüber erst ein besserer Beweis erwartet werden; da die Genehmigung den Auftrag ersetzt, so ist gar kein Grund vorhanden, die Anwendbarkeit zu bezweifeln. S. vor. Anm. a. E.

[129] Mit der Begründung dieses Satzes verhält es sich so: nach R. R. haften unter der gestellten Voraussetzung die Herren für die Sklaven seit dem aquilischen Gesetz, (früher nicht, fr. 2. §. 1. *de Noxal. act.*) s. fr. 2. 5. §. 1. *de N. A.* c. 4. *ej. tit.*, die Voraussetzung ist näher erörtert in fr. 3. 4. pr. *eod.* fr. 44. §. 1. fr. 45. pr. *ad Leg. Aquil.* fr. 50. 109. *de R. J.* Der Hauptgesichtspunkt ist immer: *cum prohibere posset*, *non prohibuit*, dies ist überall zu suppliren, wo nur von *scientia* die Rede ist, (fr. 4. pr. 45. pr. *d.*). Dieselben Grundsätze sind unbedenklich auch auf Kinder in der Gewalt anzuwenden, und in dieser Anwendung also noch praktisch. Hänel Lehre vom Schadensersatz §. 10. hält sie auch auf unzurechnungsfähige Personen, welche Andere beaufsichtigen sollen, für anwendbar; dies

Dienstboten und sonstigen Dienstleute, wegen der von ihnen bei Verrichtung der ihnen übertragenen Dienste dritten Personen verursachten Schäden, welcher bei

ist unter der Voraussetzung zuzugeben, dass letztere deshalb *in culpa* sind. Was nun die Ausdehnung auf das Gesinde betrifft, so ist freilich von der Anwendbarkeit der für die römischen Sklaven geltenden Bestimmungen so wenig, wie von der der Noxalklagen die Rede, indessen hat das Verhältniss des Herrn zu demselben doch eine Möglichkeit, für Delikte jener rücksichtlich der Entschädigung haften zu müssen, als vorhanden erscheinen lassen; nur darüber, ob sie nicht eine ganz allgemeine sei, herrschte wenigstens früher einige Meinungsverschiedenheit, s. z. B. die bei Bülow und Hagemann Erört. Bd. I. S. 124. a) Gen. Glück Komm. Bd. X. S. 418. ist nach den dort Gen. der Ansicht, dass die Herrschaft für den Schaden hafte: 1) wenn sie Veranlassung dazu gegeben; 2) wenn die jedem Hausvater obliegende Aufsicht vernachlässigt worden; 3) wenn man wissentlich schlechtes oder gefährliches Gesinde in Dienst genommen, oder darin behalten hat. Bülow und Hagemann a. a. O. stellen nach den bei ihnen Gen. diese Fälle: 1) wenn man einem erweislichermaassen unfähigen oder untauglichen Dienstboten ein Geschäft anvertraut; 2) wenn man die unerlaubte Handlung gesehen und nicht gehindert, oder gar sie nachher gut geheissen und gebilligt habe. — Die Behauptung in diesen letzten Worten, sowie der erste Fall der ersteren Reihe reichen weiter, s. im Text bei Anm. [126] und [128], sie müssen daher hier ausser Betracht bleiben. Der zweite Fall derselben und der erste der zweiten Reihe werden als zusammentreffende zu betrachten sein, und finden in fr. 27. §. 9. *ad Leg. Aquil.* in sofern ihren Grund, als dort für den Herrn ein Grund der Schuld darin gesetzt wird, *si negligens in eligendis ministeriis fuit*, und *ministerium* nicht blos Sklaven, sondern auch freie Dienstleute bezeichnet, s. Dirksen *Manuale latinit. h. v.* §. 3. Dieser Fall ist also für praktisch zu halten, aber der Bedeutung von *minist.* gemäs nicht auf Gesinde zu beschränken, sondern auch auf Dienstleute von anderer Art, Tagelöhner und dergl. auszudehnen. Dagegen aber muss wieder darin eine Beschränkung eintreten, dass man die Haftungspflicht nur in Zusammenhang mit dem Zweck und den Geschäften denken darf, zu welchen sie in Dienst genommen, und welche ihnen übertragen sind; denn hierzu muss der Inhalt des Beispielfalls in fr. 27. §. 9. *d.* und die Erwägung bestimmen, dass kein Grund vorliegt, der Verpflichtung eine allgemeinere Ausdehnung zu geben. Nun bedeutet zwar *ministerium* auch sogar in öffentlichem Dienst stehende Personen, Beamte, und es scheint, dass unser Satz somit eine noch viel weiter reichende Ausdehnung erfahren müsse, und namentlich auf die Verpflichtung des Staats, für nachtheilige, unerlaubte Handlungen seiner Beamten den verletzten Privaten zu haften. Die letztere Frage indessen muss dem Staatsrecht überlassen bleiben, vgl. Klüber öff. R. d. deutsch. Bunds §. 350. c), und die dort Gen., und so denn auch die etwanige Benutzung der Analogie aus dieser Stelle. Ihre privatrechtliche Bedeutung scheint mir aber wieder, dem Beispielsfall gemäs, auf *operas illiberales* beschränkt werden zu müssen. Sollte hingegen Glück mit dem zweiten seiner Reihe von Fällen die Verbindlichkeit zu einer allgemeinen Beaufsichtigung der Dienstboten, also nicht blos bei konkreten Geschäften, welche ihnen übertragen worden, meinen, so könnte ich diese Ansicht nicht theilen, sondern müsste sie eine sehr bedenkliche nennen, und eine anderweite Begründung, als durch den Bezug auf fr. 27. *d.* erwarten. — Was hiernächst den zweiten Fall der zweiten Reihe (ausschliesslich der Schlussworte, s. o.) betrifft, so liegt ihm eine Analogie der auf die Sklaven bezüglichen römischen Stellen zu Grunde, welche sich offenbar nicht abweisen lässt, und auf welche, auch nach m. E., die Ausdehnung mit Recht gestützt werden darf. Der dritte Fall der ersten Reihe endlich trifft, wenn man die von Glück dazu citt. Gewährsmänner vergleicht, nach diesen mit dem zweiten zusammen, und enthält somit nur eine von Glück allgemeiner aufgefasste Beziehung desselben. An dieser ist nur soviel richtig, dass, wegen der unbestimmten und ungemessenen Dienste der Dienstboten, die Verpflichtung für die von ihnen Anderen dabei verursachten Nachtheile nothwendig weiter und allerdings in's Allgemeine hineinreichen muss, was aber der Satz im Text bei Anm. [130] schon deutlich umfasst. Eine noch weiter gehende, den Bezug auf Schäden gelegentlich der Dienstverrichtungen überragende Verpflichtung des Herrn kann ich aber nicht zugeben, sobald

deren Auswahl nicht vorsichtig gewesen, um sich zu vergewissern, dass er fähige und brauchbare Leute hierzu anstelle [130].

2) Dadurch, dass man aus der unerlaubten Handlung eines Stellvertreters, oder eines Kinds, welches man in der väterlichen Gewalt hat, sich bereichert befindet, wird man bis zum Betrag der Bereicherung daraus verpflichtet [131].

2. In manchen anderen Fällen wird man durch gewisse unerlaubte Handlungen anderer Personen verbindlich, mit denen man in einem solchen Verhältniss steht, welches eine Beaufsichtigung derselben in jenen Beziehungen, und ohne weitere Rücksicht die Nothwendigkeit auferlegt, sie hierin zu vertreten. Diese Fälle sind so eigenthümlich und bestimmt ausgebildet, dass sie als besondere Obligationsarten erscheinen und deshalb im System der einzelnen Obligationen ihre Stelle angewiesen erhalten müssen. (Vergl. §. 120. §. 125. II.)

II. Die Eigenthümlichkeit der Obligationen, dass sie nur in dem gegenseitigen Verhältniss zwischen Gläubiger und Schuldner bestehen, hat die nothwendige Folge, dass sie auf die Personen beschränkt bleiben, zwischen welchen sie entstanden sind; denn mit der Aufhebung jenes Verhältnisses verschwindet auch der Inhalt der Obligation, und es endet also diese selbst [132]. Da nun mit dem Austritt des Gläubigers

nicht seine hier vorausgesetzte Handlungsweise unter einen der übrigen Begriffe und Aeusserungen der Theilnahme an der Handlung gebracht werden kann. — Nun könnte noch die Frage entstehen, ob nicht in ähnlicher Weise, wie für Väter und Dienstherren, auch eine Haftungspflicht der Vorgesetzten im Vergleich zu den Untergebenen anzunehmen sei? An manchen analogen Beziehungen dabei fehlt es zwar nicht, wohl aber an jedem positiven Fundament, und daher muss hiervon abgesehen werden, da Rechtssätze von unleugbar besonderer Natur nicht ausgedehnt werden dürfen.

130 Fr. 27. §. 9. *ad Leg. Aquil.* s. vorige Anm. in d. Mitte. Ueber die Haftung des Geschäftsherrn aus der Verschuldung der in seinem Geschäft angestellten Personen handelt im Bes. Ubelohde im Arch. für prakt. R.-Wiss. Bd. VII. S. 229 ff.

131 Vergl. über diesen Satz Anm. 86, und den Nachweis desselben in obiger Anwendung bei Sell a. a. O. §. 25. und S. 143. §. 3. §. 26. u. 27. Im letzteren §. sucht er denselben über die Beschränkung des Textes hinaus auf: jeden Dritten, welcher sich aus der widerrechtlichen Handlung eines Dritten bereichert befinde, auszudehnen, allein dieser Beweis ist mislungen. Sämmtliche Quellenzeugnisse betreffen nur folgende Fälle: 1) wenn der Pflegbefohlene durch des Vormunds oder Kurators *dolus* bereichert worden ist, s. fr. 4. §. 23. *de Doli exc.* fr. 3. §. 1. *de Tributoria*, fr. 3. *Quando ex facto*, fr. 15. pr. *de Dolo malo*, fr. 15. §. 1. *de Peculio*, fr. 13. *de Reb. eorum;* 3) wenn *municipes* durch *dolus eorum*, *qui res eorum administrant*, bereichert sind, fr. 15. §. 1. *de Dolo malo;* 3) wenn der *dominus* durch den *procurator*, fr. 15. §. 2. *eod.* 4) wenn der Vater (u. Herr) durch den Sohn (u. Sklaven) fr. 4. *de Condict. furt.*, fr. 16. *de Vi*, c. 4. *de N. A.* (vgl. Sell S. 55. wegen fr. 3. §. 12. *de Peculio*) — und zwar finden in diesen Fällen *a. utiles* Statt, fr. 1. §. 20. *de Vi.*— Wenn ausser dieser Sell noch fr. 14. §. 5. in f. *Quod metus caussa* u. fr. 3. §. 1. *de Eo per quem* hierherzieht, obwohl er selbst hierauf kein sonderliches Gewicht zu legen scheint, und von denen er die erste selbst fallen lässt, weil die *a. quod metus caussa* eine *in rem scripta* ist, so ist doch auch die zweite hier darum völlig aufzugeben, weil sie nur von einer *a. restitutoria* spricht, und es in der That eines ganz anderen Beweises für einen so wichtigen Grundsatz bedürfte, dass hier eine allgemeine *in factum a.* gegeben werde. (Ihm folgt übrigens Mühlenbruch §. 453.) Wenn S. daher hinzusetzt, „dass vorzüglich solche Fälle, in welchen mehrere Personen durch ein näheres Verhältniss mit einander verbunden sind, in den Gesetzen erwähnt seien," — so muss ich entgegnen, dass eben nur solche, und zwar von den im Text enthaltenen ganz bestimmten Arten erwähnt sind.

132 Gai. II. §. 38. fr. 25. §. 2. *de Usufr.* (*v. quamvis non soleat etc.*) fr. 25. pr. *de O. et A.* c. 2. *de Pactis*, c. 22. *de Donation.* Vergl. bes. Mühlenbruch Cession §. 3. 4. Im Gebiet des unter obiger Nr. vorgetragenen Themas von der sog. Singularsuccession in Obligationen ist neuerlich eine sehr lebhafte oppositionelle Bewegung wider das Beharren bei der römischen Lehre entstanden. In der von der Cession ist

oder Schuldners nothwendig eine solche Beendigung des Verhältnisses zwischen beiden erfolgen muss, so ist auch der Eintritt einer anderen Person als Gläubiger oder Schuldner an Stelle derer, zwischen welchen die Obligation entstand, unmög-

sie zwar schon viel älter als rücksichtlich der von der „Schuldübernahme“, denn schon ältere Praktiker wollten in der strengen Theorie derersteren nur „römische Subtilitäten“ sehen; indessen beruhte das mehr auf Misverständnissen, von denen man, seit Mühlenbruch diese Lehre erörterte, allgemein zurückgekommen war. Gegenwärtig aber drängen Mehrere viel weiter, freilich Jeder im Streit mit dem Anderen über den rechten Weg, über die Mittel zum Ziel zu gelangen, und auch über den Zielpunkt selbst. S. namentlich Delbrück die Uebernahme fremder Schulden u. s. w., Berlin 1853, Windscheid in d. Rec. dies. Schrift in der Münchener Krit. Ueberschau Bd. I. S. 27 ff., und in der Lehre von den Aktionen Hinrichs über den Verkehr mit Schulden, in d. Allg. Monatsschrift f. Wiss. und Lit. v. 1853. S. 685 ff. und J. E. Kuntze die Obl. und die Singular-Succ. des röm. u. heut. R. Lpzg. 1856. O. Bähr in den Jahrb. für Dogmatik Bd. I. S. 350 ff. — Man geht davon aus: Im heutigen Rechtsleben sei das Bedürfniss hervorgetreten, mit Obligationen, aktiv wie passiv, wie mit anderen Vermögensstücken im Verkehr freier zu operiren, als es mit Beobachtung der vom R. R. gezogenen Linien thunlich ist. Die Rechtsanschauung müsse eine freiere werden; es handele sich dabei um einen naturgemässen Fortschritt der unvollkommen gebliebenen römischen Entwickelung, ohne welchen alle neuere Verkehrsgestalten nicht vollkommen beherrscht werden könnten. Dabei wird denn auch ein angeblicher deutschrechtlicher Gegensatz des Begriffs der Obl. zum römischen darin gefunden, dass im deutschen Recht der eines persönlichen Verhältnisses hinter den eines Vermögensstücks, einer Sache, zurücktrete, wonach Foderung wie Schuld Gegenstand des Verkehrs, also der Veräusserung zu werden, fähig würden. Man leugnet zwar die Obl. als ein lebendiges Verhältniss zwischen Personen nicht, will jedoch Forderung und Schuld als einen „sachlichen Niederschlag“ betrachten. Nach diesen (möglichst wortgetreu wiedergegebenen) Vorsätzen sollte man eine Revolutionirung der Doktrin in den fraglichen Punkten von Grund aus erwarten. Die praktischen Wirkungen auf dieselbe sind jedoch im Vergleich zu der entstandenen Bewegung unerwartet gemässigt. Und dies konnte in der That nicht anders sein, da wenigstens die beiden Sätze: dass der Gläubiger, welcher eine Forderung cedirt, die Lage seines Schuldners bezüglich des Gesammtschuldverhältnisses zu ihm, nicht zu einer nachtheiligeren machen könne, — und dass der Schuldner, welcher an seiner Statt einen Dritten in das Schuldverhältniss eintreten lassen wolle, selbst nicht ohne des Gläubigers Konsens davon loskomme, begreiflich keine Anfechtung erleiden konnten, noch erlitten haben. Nach der ersten Richtung hin (Cession) waren die positiven, von der gemeinen Theorie verschiedenen praktischen Resultate in der That bisher ziemlich unscheinbar; wichtiger sind allerdings die in der genannten Bähr'schen Schrift entwickelten, über welche ich jedoch unten in der Lehre von der Cession ausführlicher zu handeln, des Zusammenhangs mit deren Detail wegen, vorziehen muss. Nach der zweiten hin aber (der Schuldübernahme) besteht das ganze Resultat Delbrück's, der am weitesten geht, auch nur darin, dass der (ohne Konsens und Theilnahme des Gläubigers am Geschäft) eine fremde Schuld übernehmende Dritte nur als Schuldner neben dem Urschuldner elektiv hafte. Das ist also im Effekt Alles, worauf es ankommt. (Andere, wie Windscheid a. a. O., wollen nur ein Rechtsgeschäft als praktisch eingeführt, ähnlich der Novation, aber darin von dieser verschieden, dass dadurch die bisherige Obl. nicht aufgehoben werde, sondern fortbestehe.) — Richtet man nun zunächst auf das angebliche Verkehrsbedürfniss den Blick, so wird dasselbe dahin näher, und das römischrechtliche Mittel der Befriedigung, die Novation, als unzureichend bezeichnet, dass es oft darauf ankomme, die überwiesene Schuld mit ihrer ganzen individuellen Umgebung an Accessionen und Einreden, wie sie beim Urschuldner bestanden, zu erhalten, — oder, wo es unbequem oder unmöglich sei, dass der betreffende Gläubiger zugezogen werde. Dieses Doppelbedürfniss zeige sich namentlich bei Kaufgeschäften, wenn Schulden (namentlich andere als Hypothekschulden, die hier weniger in Betracht kommen, da es mit ihnen vermöge der *a. hypoth.* seine besondere Bewandniss hat,) an Stelle der Preiszahlung übernommen würden, und bei

lich; das zwischen solchen geknüpfte Verhältniss muss nothwendig ein anderes und kann nicht dasselbe sein, wenn auch desselben objektiven Inhalts. Aus diesen Gründen ist so wenig eine Uebertragung und Veräusserung der Forderung von

Uebertragung von Vermögenskomplexen, z. B. Käufen und Schenkungen einer Erbschaft, bei Erbtheilungen und Handlungsveräusserungen. Ohne Schuldübernahme würde der heutige Verkehr in solchen Fällen gar nicht bestehen können. — Wie aber ist es möglich, dieses angebliche Bedürfniss neben den selbst gezogenen Beschränkungen damit zu befriedigen: „die Haftung des Uebernehmers der fremden Schuld nicht von der thatsächlichen Beiziehung des Gläubigers abhängen zu lassen", m. a. W. damit, dass letzterer nach seiner Wahl jenen so gut wie den Urschuldner verklagen könne? — Nur die Nothwendigkeit, nicht die blosse Möglichkeit könnte ein wirklich vorhandenes Bedürfniss befriedigen. Freilich kommen oft genug Geschäfte solcher Art im Leben vor. Kaufmännische Handlungen, Fabriketablissements und dergl. werden vom Eigenthümer mit Activis und Passivis verkauft; bei Güter- (namentlich Bauergüter-) überlassungen werden nicht nur Hypothekschulden, sondern auch chirographarische oft genug vom Annehmer mit übernommen, und unzählige Verhältnisse solcher Art werden auf diese Weise in Frieden geordnet und gelöset. Kommt es aber zum Rechtsstreit darüber und zur Entscheidung, so befindet man sich einfach im Gebiet der im gegenwärtigen §. 102. weiter oben (Anm. 3—8) erörterten Fragen vom Einfluss der zwischen Zweien geschlossenen Verträge auf Dritte (als Gläubiger). Jede Abweichung von den unwandelbaren Grundsätzen des R. R. führt unvermeidlich in ein Labyrinth von Rechtsunsicherheit. Das R. R. bietet ausreichende Formen zur Erreichung des vorschwebenden Zwecks (Novation, *constitut. debiti alieni*, Delegation, Expromission, Zahlungsmandat, Anweisung, nöthigen Falls der konkrete (ungenannte) Kontrakt,) wo aber diese nicht ausreichen, da ist der Zweck selbst ein juristisch falsch gedachter, den kein Recht befriedigen kann, ohne seine sicheren Grundlagen in diesen Lehren zu durchlöchern. Und mit dem „Gegenstück zur Cession der Forderungen" als angeblichem Bedürfniss unseres Rechtslebens verhält es sich nicht anders, als wenn z. B. von einem „Eigenthum" an Forderungen im Geschäftsverkehr (auch oft von Juristen) gesprochen wird, oder wenn von der Möglichkeit, abseiten eines Privatmanns Schuldscheine auf den Briefsinhaber auszustellen, als wünschenswerth, oder gar als vorhanden, — anerkannt werden will. (Ist es doch Thatsache, dass ein Privatmann Papiergeld ausgegeben hat, und mit den Einthaler-Kassenanweisungen des Staats in wirksame Konkurrenz getreten ist!) Es ist bekannt, dass hin und wieder, auch von höchsten Gerichten (wenn auch in Bezug auf eine offenbar mangelhafte Analogie röm. rechtlicher Stellen, — vergl. unten §. 112. Anm. 18 — s. z. B. Pfeiffer prakt. Ausf. Bd. IV. S. 152.) bei bäuerlichen Gutsüberlassungen die Uebernahme auch der blos chirographarischen Schulden des Abgebers von Seiten des Annehmers, in sofern als kräftig betrachtet wird, dass der Gläubiger elektiv auch den Gutsannehmer verklagen darf. Wo wirklich eine feste Praxis dafür vorherrscht, mag man sie respektiren; sie ist gerade in dieser Anwendung aus leicht begreiflichen Gründen so erklärlich wie unbedenklich. Allein man hüte sich, solche Gebilde derselben erweitern und damit generalisiren zu wollen. Man erinnere sich auch, wie in solchen Arten von Fällen des Handelsverkehrs, in denen man (d. h. der Spekulations- und der Schwindelgeist) für den Wechsel des Schuldners bereits ein ganz freies Feld thatsächlich okkupirt hatte, — nämlich bei Unternehmungen irgend welcher Art auf Aktien mit theilweiser Einzahlung bei der Zeichnung und der Verpflichtung zu den künftigen, die Erfahrung bereits eine Reaktion herbeigeführt hat, und die ersten Zeichner nach allgemeinen Grundsätzen als Schuldner durchweg, auch für die künftigen Zahlungen, gehalten betrachtet und dies oft ausdrücklich bevorwortet ist. Nach der rechtlichen Seite hin hatte es freilich hierbei meist keine Gefahr, so lange das Unternehmen nicht selbst ein so verunglücktes war, dass die (ursprünglichen) Betheiligten es vorzogen, selbst mit einigem Verlust dasselbe in Stich zu lassen, indem das eigene Interesse den zeitigen Inhaber der Aktie, und damit der Verpflichtung, zur pünktlichen Erfüllung der Leistungen nach letzterer antrieb, während die Repräsentation der Gläubigerschaft durch das nur immer vereinzelte Ausbleiben dieser, und den damit gewöhn-

Seiten des Gläubigers auf eine andere Person möglich, als die Uebertragung und die Uebernahme der bestehenden Verbindlichkeit; nur ist mit letzterer nicht ihre Erfüllung zu verwechseln, s. §. 90. z. A., obwohl die Verpflichtung dazu wieder nur durch das Mittel einer besonderen darauf berechneten Obligation geschehen

lich bedungenen Verlust der Aktien auf Seiten der Inhaber und der bereits geleisteten Zahlungen noch obendrein Gewinn macht. Mit gewöhnlichen civilrechtlichen Geschäften lassen sich übrigens solche zusammengesetzte, auf Handels- und Gewerbeunternehmungen in diesem Styl und Umfang berechnete Verhältnisse, deren rechtliche Charakterisirung bekanntlich noch nicht abgeschlossen und noch in der Entwickelung begriffen ist, ohnehin nicht vergleichen, und vollends nicht von ihnen auf erstere Rückschlüsse machen. — In Hinsicht auf solche, wie die hier besprochenen Bestrebungen genügte den betreffenden neueren Schriftstellern dann natürlich auch die gemeine Theorie vom Wesen der Obligationen des R. R. nicht, und es haben daher deren Begriff, ihre Struktur und die danach möglichen Verkehrsformen für den Wechsel der Personen eine sehr mannigfaltige Analyse, ein Hin- und Herwenden erfahren, wobei Keiner mit dem Anderen übereinstimmt, aber Jeder das Alleinrichtige gefunden zu haben meint. In dieser Hinsicht liefert das obgenannte Kuntze'sche Buch, bes. Abschn. I. und II. S. 18—111. und IV. S. 301—348. eine sehr überzeugende Detailkritik. Dagegen erkennt auch dieser Schriftsteller das moderne Verkehrsbedürfniss und seine Befriedigung dadurch, dass der Gläubiger in dem ohne seine Beiziehung eingetretenen Schuldübernehmer einen zweiten Schuldner erhalte, den er elektiv verklagen könne, an. Hierüber habe ich nichts mehr zu sagen, als dass Kuntze die eindringlichen Warnungen, die er oft (z. B. S. 96. 328.) den Neueren entgegenhält, selbst beherzigt haben mögte. Anlangend aber die von Kuntze auch seinerseits versuchte Struktur und civilistische Formulirung der hier in Rede stehenden Verhältnisse nach moderner Rechtsanschauung, (wenn auch nur als ein in der Wissenschaft, „die ein in voller Uebung bereits im Rechtsverkehr bestehendes Institut aufzunehmen und zu begreifen habe", Werdendes, resp. Werden Sollendes, nicht als etwas schon Vorhandenes,) so ist zuvörderst seine Polemik gegen Andere S. 49—77., wonach der eigentliche Grund der Unmöglichkeit in Obl. durch Singularsuccession nach R. R. — die er vollständig anerkennt und gegen die Anzweiflungen der Neueren gut vertritt, — sehr ungerechtfertigt. Denn in der als Blume seiner ganzen Ausführung verkündeten „Formel": um der Unübertragbarkeit des Objekts willen sei eine Singul.-Succession in Obligationen undenkbar, — kann ich nichts Neues, sondern nur etwas mir sehr Bekanntes finden, nämlich nichts weiter, als einen Extrakt aus den obigen hinter Nr. II. im Text zunächst folgenden zwölf Zeilen, von denen er freilich (S. 50.) nur die ersten drei abdrucken lässt; hiernach erledigt sich auch seine Bemerkung S. 140. — In der Hauptsache selbst bringt er eine „Zweig- und Stammobligationentheorie" auf die Bahn, wobei er von dem Gebiet der Stellvertretung in Obl. nach moderner Anschauung ausgeht (S. 290.). „Das einzige Mittel nämlich, aus dem über diese herrschenden Streit zu gelangen, (s. oben Anm. 15) sei die Annahme, dass der Obl. des Stellvertreters — der Stammobl. — eine Obl. des Geschäftsherrn — als Zweigobl. — beigesellt werde; jene sei die unwirksame, diese die vollgültige. Demnächst müssten Stellv. und Principal als im Korrealverband stehend betrachtet werden, der jedoch ein qualifizirter sei, indem die Obl. des letzteren gerade aus der des ersteren hervorwachse; sie sei eine accessorische, abgeleitete; es sei also das Verhältniss einer Zweigobligation zu ihrer Stammobligation. Diese „Zweigobligationentheorie" sei nun auch auf die Cessionen und Schuldübernahmen anzuwenden (S. 338. und 349.), worauf sich Alles in richtig verstandener und angewendeter Fortentwickelung römischer Begriffe befriedigend gestalte". Gelegentlich einer der hierher gehörigen Digressionen (S. 349.) sagt Kuntze: „Von diesem Boden aus können wir uns ein Bild eines geschichtlich werdenden Rechtsinstituts konstruiren, wie es sich darstellen würde, wenn es aus dem Geist des protoplastischen Juristenvolks selbst hervorgegangen wäre"; wobei man an *Horat. A. P.* v. 9. lebhaft erinnert wird. — Mit der Widerlegung des Details der Kuntze'schen Schrift beschäftigt sich die Rec. von Dworzak in der Münchener Krit. Ueberschau, Bd. IV. S. 47 ff.

kann[133]. Der Rechtsverkehr hat nun aber nicht nur die Nothwendigkeit, über Forderungen als Vermögensgegenstände in dieser Beziehung verfügen zu können, anerkannt, sondern auch die einer Veränderung der Person des Schuldners, so dass die Uebertragung der ersteren auf Andere, eine Veräusserung und Abtretung, und eine Uebernahme der Verbindlichkeiten durch Andere, also überhaupt ein Eintritt anderer Personen in Obligationen an Stelle derer, zwischen welchen sie entstanden sind, im allgemeinen Sinn, möglich geworden ist[134]. Hierneben hat dann ferner die Rücksicht, dass Obligationen zum Vermögen des Gläubigers wie des Schuldners gehören, und dass in das Ableben des ersteren so wenig, wie in das des letzteren ein Grund gesetzt werden konnte, diesen von der schuldigen Leistung zu entbinden, und die Forderung erlöschen zu lassen, eine Fortdauer durch Uebergang auf die Erben und Eintritt derselben an Stelle der Erblasser, wie in deren gesammtes Vermögen überhaupt, als unentbehrlich erscheinen lassen. Beide Gesichtspunkte sind aus einander zu halten.

A. Die Nothwendigkeit in der ersteren Richtung, d. i. des möglichen Eintritts anderer Gläubiger oder Schuldner im allgemeinen Sinn in einzelne Obligationen, hat nach beiden Beziehungen hin zu mannigfachen Gestaltungen von Rechtsgeschäften und somit zu obligationenrechtlichen Instituten geführt, ohne dass jedoch gegen das entwickelte Grundprincip des Obligationenrechts verstossen, oder nur eine Ausnahme davon geschehen wäre. Das nächstliegende und mit diesem Princip vollkommen übereinstimmende Mittel ist eine anderweite Vereinigung, ein Vertrag über die bestehende Obligation zwischen Gläubiger und Schuldner und dem nun hinzutretenden Dritten, und beziehungsweise Vierten, wonach sie aufgehoben, und eine neue von gleichem Gegenstand unter Eintritt der neuen Personen in diese an Stelle der ersteren gesetzt wird. Soll ein Anderer als Schuldner eintreten, so ist eine solche Vereinbarung, und namentlich die Zustimmung des Gläubigers immer nothwendig, indem begreiflich die Person des Schuldners im Vergleich zur schuldigen Leistung dem Gläubiger von ungleich grösserem Interesse ist, als für jenen die Person dessen, der sie zu fordern hat; denn dort kann leicht die Möglichkeit der Erfüllung und also der ganze Vermögenswerth der Forderung auf dem Spiel stehen, hier nie. Für den Schuldner tritt hierbei die Seite der Obligation hervor, wonach er als verpflichtet erscheint, und seiner Verpflichtung kann man sich ohne Erfüllung einseitig nicht entledigen[135]; für den Gläubiger hingegen die der Berechtigung, der Forderung. Die schon vorher erwähnte Nothwendigkeit, über diese, als Vermögenstheile, auch in anderer Weise als durch ihre Geltendmachung wider den Schuldner, die vielleicht zur Zeit noch nicht möglich ist, zu Vermögenszwecken verfügen zu können, führte nun dahin, sie beweglich zu machen, d. h. dem Gläubiger die Möglichkeit zu gewähren, wie er andere Vermögenstheile verwerthen und veräussern kann, sie Anderen einseitig abzutreten, auch ohne Einwilligung des Schuldners. Das mehrgedachte Grundprincip der Obligationen, welches einer wirklichen Veräusserung der Forderung und also einer Lostrennung derselben vom ursprünglichen Gläubiger entgegenstand, liess hier das Mittel ergreifen, dass der Andere die Forderung an Stelle jenes ausübe und geltend mache[136], also ihn darin vertrete, aber für sich selbst und seine Rechnung, so dass er alle dem Gläubiger mögliche Verfügungen und Veränderungen rücksichtlich der Obligation nun selbst vornehmen und namentlich die Erfüllung beitreiben könne. So kam es denn nur noch darauf an, diese Form der Stellvertretung besonders zu charakterisiren, d. h. das Verhältniss

[133] S. §. 99. a. E. u. §. 129.

[134] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 34.

[135] C. 2. *de Pactis*.

[136] Vgl. Mühlenbruch a. a. O. S. 38 ff.

zwischen dem Gläubiger und diesem seinem Stellvertreter einerseits, und zwischen dem letzteren und dem Schuldner andererseits in Bezug auf die Obligation, also sowohl rücksichtlich der Leistung wie der Forderung der Schuld, festzustellen[137]. Dasselbe hat in dem Institut der Cession, oder Abtretung der Forderungen seine vollständige Ausbildung erhalten. Die wenn auch in ihrem Wesen hiervon durchaus verschiedene, so doch parallel stehende, obgedachte Veränderung des Schuldners dagegen tritt unter den Begriff der Intercession, d. i. im Allgemeinen der Uebernahme von Verbindlichkeiten für Andere[138]. Dieser reicht aber noch weiter, nämlich einmal in sofern, als eine solche Uebernahme auch dadurch geschehen kann, dass Jemand zu einer fremden Verbindlichkeit in der Art hinzutritt, dass er gleich dem ursprünglichen Schuldner, entweder wie wenn er dieses ebenfalls von Anfang an gewesen, und also mehrere Personen gleich anfänglich Schuldner geworden wären, für dieselbe einstehen will, oder nur zur Aushülfe, wenn jener nicht sollte mit Erfolg angegriffen werden können; — sodann in sofern, als darunter auch ein solcher Eintritt von Anfang an verstanden wird, wenn man zwar auf eigenen Namen,

137 Im R. R. wurde dieses Verhältniss und die Wirkung der Abtretung der Forderungen selbst ursprünglich durch das *mandatum in rem suam* an den, welchem sie abgetreten werden sollte, und die *litis contestatio* desselben mit dem Schuldner, oder die *denunciatio* vermittelt. Demnächst boten die für einzelne Verhältnisse gegebenen *utiles actiones* ein reichliche Erweiterung des Mittels, indem nun solche schon unter Voraussetzung gewisser Thatsachen, welche als hinreichender Grund erschienen, um den Uebergang von Klagen zu bewirken, d. h. sowohl einer Erklärung des Gläubigers, als sonstiger Verhältnisse zwischen dem ursprünglichen Erwerber und einem Anderen, Statt fanden; ausserdem wurden ausnahmsweise solche in allen übrigen Fällen in Ermangelung eines Mandats oder eines wirksamen gegeben. Später änderte sich dies endlich dahin, dass sich aus dem *mandatum action.*, welches als Form hierbei ganz verschwand, und den *utiles a.* ein einziges Rechtsinstitut, die Cession, d. i. Abtretung der Klagen und Forderungen, bildete, so dass es nicht mehr verschiedene Klagen, sondern nur Eine für den Erwerber durch Abtretung gab, welche nunmehr theils durch jede bestimmte Erklärung, dass man seine Forderung auf einen Anderen übertrage und dessen Einverständniss damit, theils ohne solche durch bestimmte Rechtssätze, welche dieselbe in gewissen Fällen vertreten, erfolgte. Hierdurch ist indessen immer noch nicht gegen das obgedachte Princip verstossen worden; denn auch hierneben erscheint die abgetretene Forderung sowohl in Rücksicht auf die Grundbedingungen ihrer Existenz, wie auf die Fortdauer des älteren Rechtsverhältnisses immer noch als die des ursprünglichen Gläubigers, S. hierüber Mühlenbruch a. a. O. u. §. 8. ferner §. 16. bes. S. 187 u. 198 f. Hiernach sind alle Quellenzeugnisse, welche mit dem ehemaligen *mandare action.* zusammenhängen, antiquirt, es ist von dieser Seite her ein wirkliches Analogon von Veräusserung der Forderung entstanden; ferner alle die, welche die Verpflichtung eines Gläubigers zur Abtretung seiner Klage durch Ausdrücke bezeichnen, welche auf die ehemalige Bestellung des Cessionars zum *procur. in rem suam* hindeuten, indem es nämlich entweder an der Erklärung des Cedenten genügt, oder einer solchen gar nicht bedarf, sobald es für diesen Fall eine *a. utilis* gab. Das Rechtsinstitut der Cession, welches auf die angedeutete Weise entstanden ist, steht nun im Recht als völlig ausgebildet da, so dass man über seine fertige Abrundung den ursprünglichen Zusammenhang seiner Entstehung leicht übersieht; s. §. 128.

138 Nach R. R. ist auch hier (s. vor. Anm.) das *mandatum in rem suam* eine gangbare Form, und ist dieses auch bis zuletzt geblieben, so dass dann der Gläubiger mit dem *procurator* (*defensor*) ebenfalls durch *litis cont.* und *condemnatio* in ein festes Verhältniss trat, s. fr. 10. §. 12. in f. *Mandati*, fr. 2. §. 5. *ad Sct. Vellejan.* fr. 21. §. 2. *de Evict.* In der Anwendung des R. R. in Deutschland ist jedoch das *dominium litis* des *procurator* niemals anwendbar geworden, sondern der Charakter der Stellvertretung und die Beziehung aller prozessualischen Folgen auf den *dominus* ganz festgehalten worden, s. Glück Komm. Bd. V. S. 245. und die dort Anm. 45 Gen., sowie Bethmann-Hollweg Vers. S. 239 ff. 243. Heffter Civilpr. S. 216. Schmid Hdb. des Proz. Bd. I. S. 265.

aber in der That für einen Anderen sich einem Gläubiger dergestalt verbindlich macht, dass der Andere mit letzterem ausser aller Berührung bleibt. Die sämmtlichen hierauf bezüglichen Geschäfte stehen in einer materiellen, inneren Verwandtschaft, und haben viele Rechtsbestimmungen mit einander gemein, so dass das sie alle umfassende Institut der Intercession ebenfalls als ein geschlossenes im System dasteht. — Da bei der Cession sowohl, wie bei der Intercession vielfältige Rücksicht auf einzelne Obligationsarten genommen werden muss, sie auch selbst obligatorische Rechtsgeschäfte von eigenthümlicher Art sind, welche im Allgemeinen auf alle einzelne Obligationen Anwendung leiden, so hat es angemessen geschienen, sie dem ganzen System derselben im fünften Kapitel anzuschliessen.

Ausser der Uebertragung und Uebernahme von Obligationen auf die bisher besprochene Weise, wobei diese als einzelne Forderungen und Verbindlichkeiten vorausgesetzt sind, ist noch die erstere durch Veräusserung des ganzen Vermögens des Gläubigers, oder eines Theils davon möglich, wie z. B. durch Schenkung, oder Bestellung zur Mitgift [139], es liegt nämlich darin ebenfalls eine Cession sämmtlicher dazu gehöriger Forderungen. In den drei Fällen hingegen, wenn durch Ueberlassung eines Sonderguts an ein aus der väterlichen Gewalt entlassen werdendes Kind, oder durch Eingehung einer Gütergemeinschaft Forderungen übergehen sollen, und wenn mehrere Miterben und sonstige Kommunionsinteressenten nur im Allgemeinen übereingekommen sind, sich die erbschaftlichen Forderungen theilen zu wollen, genügen diese Geschäfte nicht, um den Uebergang der Forderungen zu bewirken, sondern es bedarf in jedem dieser Fälle einer besonderen Cession der einzelnen [140]. Eine Entäusserung der Verbindlichkeiten aber tritt in allen gedachten Fällen, ohne besondere auf deren Uebernahme gerichtete Verhandlungen, niemals ein [141].

B. Ein ganz allgemeiner Uebergang der Obligationen in aktiver wie in passiver Beziehung auf andere Personen, als den ursprünglichen Gläubiger oder Schuldner findet, vermittelst der in vermögensrechtlicher Hinsicht angenommenen Personeneinheit, Statt vom Erblasser auf die Erben [142]. Zu den auf und wider die Erben übergehenden Verträgen gehören denn auch die, deren Leistung erst nach eines oder beider Kontrahenten Tod, oder zur Zeit des Tods derselben geschehen soll [143].

139 Vergl. Mühlenbruch §. 42.

140 Fr. 2. §. 5. *Famil. ercisc.* fr. 53. *de Peculio*, fr. 3. *Pro socio;* vergl. dazu dens. S. 454 f. Der Grund wird wohl darin zu suchen sein, dass es ohnedies an einem sicheren Kennzeichen von der geschehenen Uebertragung für den Schuldner fehlt.

141 Fr. 72. pr. *de J. D.*

142 Fr. 37. *de A. vel om. her.* fr. 11. pr. *de Divers. et temporal.* Nov. 48. pr. (*v. quum utique etc.*) fr. 2. §. 2. *de V. O.* fr. 40. pr. 52. §. 1. *de Pactis*, fr. 59. 143. *de R. J.* c. 13. *de Contrah. emt.* Durch diese ist die frühere Verschiedenheit, resp. der Streit über eine solche rücksichtlich der *obl. dandi* und *faciendi*, ausgeglichen. Nicht eigentlich gehört hierher der Uebergang der Forderungen auf Legatarien, indem es dazu auch der Vermittelung des Zwecks durch *utiles actiones* bedurfte; indessen wird doch keine förmliche Abtretung erfordert, sondern jene stehen ohne Weiteres von selbst zu, c. 18. *de Legatis*, so dass jene unter Erben im weiteren Sinn mitverstanden werden. — Die besonderen Grundsätze, welche bei fideikommissarischer Herausgabe einer Erbschaft eintreten, sowie beim Erbschaftsverkauf, und wie die einzelnen von mehreren Erben haften, gehören dem Erbrecht an. — Wenn ein Streit zwischen Mehreren über eine Erbschaft verglichen oder durch Urtheil entschieden worden ist, so gilt der, resp. beide soweit, als Erbe, welchem und wie ihnen die Erbschaft geblieben ist, s. fr. 14. *de Transact.* und arg. fr. 22. *de Pecun. const.* Bis zu dieser Beilegung oder Entscheidung kann jeder als Schuldner angegriffen werden, c. ult. *de Pet. hered.*

143 C. un. *Ut act. et ab hered.* (über das ältere Recht vgl. §. 13. 15. *I. de Inutil. stipul.*) Man

Ausnahmen von dieser Regel finden in sofern Statt, als Obligationen durch den Tod des Gläubigers oder des Schuldners erlöschen, worüber im folgenden Kapitel das Weitere. Beschränkungen des Umfangs der Verbindlichkeit für die Erben des Schuldners aber treten theils bei einzelnen Obligationen dadurch ein, dass sie für einen geringeren Grad der Verschuldung haften, als der Erblasser, was bei jenen hervorgehoben werden wird, theils in den §. 29. II. b. 1—6. enthaltenen Beziehungen.

DRITTES KAPITEL.

Aufhebung der Obligationen.

§. 103.

Von der Aufhebung der Obligationen im Allgemeinen und I. im Besonderen von den in der Natur der Obligationen gelegenen Gründen der Aufhebung.

A. *Zahlung.*

Jede Obligation, als ein vorübergehendes Verhältniss, trägt die Nothwendigkeit in sich, zu endigen (S. 4.). Die Gründe aber, welche diese Wirkung herbeiführen, sind nicht blos solche, welche aus dem Zweck und dem Wesen der Obligationen ihren Ursprung nehmen, sondern sie finden diesen auch ausserdem theils in dem Einfluss gewisser Rechtsinstitute und Normen von einer für die Aufhebung von Rechten allgemeineren Bedeutung, theils sind sie von rein positiver Natur [1]. Die Gründe der ersteren Art gehören natürlich sämmtlich hierher, darunter auch die Anwendungen und Gestaltungen allgemeiner Grundsätze über das Erlöschen und den Verlust der Rechte im Obligationenrecht (vergl. §. 25. A.), soweit sie nicht in diesem selbst aus systematischen Gründen unter den allgemeinen Lehren schon anderwärts ihre Stelle gefunden haben, wie die auflösenden Bedingungen und Endtermine, s. §. 97. I. 1. 2.; die Gründe der zweiten Art dagegen gehören hierher nur in dieser Anwendung, und soweit diese bereits bei ihrer Entwickelung im Allgemeinen Theil oder unter den allgemeinen Lehren der vorigen Kapitel nachgewiesen werden musste, fallen sie hier ganz weg; so z. B. die rechtskräftige Entscheidung (§. 34.), die Verjährung der Klagen (s. §. 31. bes. Nr. III.), und die fremdartigen Einflüsse auf die Willensbestimmung beim Abschluss von Verträgen (s. §. 98. I.). Hiernach zerfallen die sämmtlichen Aufhebungsgründe der Obligationen in zwei Massen, und diese Trennung liegt der folgenden Darstellung zu Grunde. Es kom-

könnte diesen letzten Fall auch unter dem Gesichtspunkt des Paciscirens für den Erben auffassen, s. bei Anm. [35], es kommt aber in praktischer Hinsicht auf Eins hinaus.

[1] Eine Aufzählung aller einzelnen könnte hier zu nichts führen, soweit sie diesem Kapitel angehören, ist ihre Reihe in der Paragraphenfolge beobachtet.

men aber für jene noch folgende allgemeinere Gesichtspunkte in Betracht. Durch den Begriff und die Bestimmung der Obligationen ist eine nothwendige, und zugleich die nächstliegende Auflösung derselben in der Erfüllung ihres Inhalts, d. i. der Leistung des Schuldigen gegeben; hierdurch geschieht also eine Befriedigung des Gläubigers, eine thatsächliche Anerkennung seines Rechts (§. 27. z. A. §. 90. z. A.). Die hierin enthaltene Thatsache, dass derselbe das ihm Geschuldete erhält, und somit der durch das Gegentheil eintretenden Rechtsverletzung vorgebeugt wird, ist aber auch auf andere Weise, als durch wirkliche Leistung des Schuldigen möglich, wie der Inhalt der §§. 104. und 105. ergiebt, und somit wird auch dadurch der Begriff der Befriedigung hergestellt[2]. Die grössere Zahl der einzelnen Aufhebungsgründe der Obligationen fusst nun aber nicht auf einer eintretenden Befriedigung, sondern es bleiben die Forderungen vielmehr dabei unbefriedigt. Die Gründe der ersteren Art stehen an der Spitze der ersten Hauptmasse; die der letzteren Art füllen den Ueberrest derselben und die ganze zweite. Von doktrineller Bedeutung ist dies weiter nicht, so wenig wie der Unterschied, dass die Gründe, aus welchen eine Obligation ohne Befriedigung erlischt, theils vom Willen des Gläubigers abhängen, theils nicht; für diesen genügt es an der Bemerkung, dass sich darin einerseits eine Verfügungsbefugniss der Berechtigten über ihre Rechte äussert, und andererseits eine den Willen völlig ausschliessende rechtliche Nothwendigkeit. Ein zweiter allgemeiner Gesichtspunkt ist der, dass nicht alle Aufhebungsgründe bei allen Obligationen rechtlich möglich sind, sondern es hängt dies davon ab, ob die thatsächlichen Voraussetzungen jener bei diesen zutreffen. Im Einzelnen ist dies meist von selbst ersichtlich, ohne dass es besonderer Hervorhebung bedarf; doch gilt die Beschränkung nur von einigen wenigen[3]. Der letzte[4] allgemeine Punkt endlich ist der, dass manche Aufhebungsgründe der Obligationen diese als nicht mehr bestehend, also als erloschen, erscheinen lassen, in anderen aber wirkliche Rechte des Schuldners von überwiegender Stärke geltend gemacht werden, welche die Forderung des Gläubigers nur ausschliessen, — m. a. W. der Gegensatz *ipso jure* und *ope exceptionis* wirkender Umstände (s. §. 32. z. A. bes. Anm. 5. Nr. 2., §. 24. II.)[5]. Die Wirkung beider Arten ist, wie §. 32. a. E. erör-

[2] *Solutio* (s. Anm. [7]) und *satisfactio* stehen einander in der Wirkung gleich, s. fr. 52. *de Solut.* (fortan *h. t.* citirt) fr. 13. §. 4. *de Pignor.* fr. 6. pr. *Quib. mod. pign.*, dagegen erfordert der letztere Begriff ein Einverständniss des Gläubigers mit der Modalität der darin enthaltenen Befriedigung, fr. 10. *de P. A. coll.* fr. 6. §. 1. *Quib. modis pign.* Gleichbedeutend damit ist zuweilen *satisdatio*, s. fr. 49. *h. t.* vergl. Deutsch. C. J. Bd. IV. S. 747. *d.* Anm. Dirksen *Man. latin. h. v.* §. 3. Beiden entspricht unser deutsches: Befriedigung, und dieser Ausdruck ist namentlich in sofern sehr passend, als damit der Zustand des unverletzten Rechts oder des wiederhergestellten Rechtsfriedens angedeutet wird. Dieser Begriff ist nun oben in dem bestimmten Sinn genommen, dass der Schuldner dem Gläubiger ein wirkliches Genüge thut, während *satisdatio* in der angef. Stelle und *satisfactio* in Bezug auf Lösung der *pignoris obligatio* (s. §. 81. I.) auch den blossen Verzicht des Gläubigers, und die dadurch eintretende Lösung der Forderung bedeutet, so dass er das in derselben enthaltene Vermögensrecht ohne allen Ersatz verliert. Ich ziehe es jedoch, um Misverständnissen zu begegnen, vor, diese Fälle zu den ohne Befriedigung, aber mit Willen des Schuldners eintretenden Aufhebungen der Obligation zu zählen, da man mit Befriedigung regelmässig den Gedanken einer reellen Zuwendung an den Gläubiger zu verbinden pflegt. Vergl. nachher oben im Text Nr. I. zu A.

[3] Man bezeichnet diesen Unterschied wohl als *modos tollendi oblig. communes* und *proprios*.

[4] Die nach R. R. noch bestehende Verschiedenheit der *naturaliter* und *civiliter* wirkenden Gründe, fr. 107. *h. t.*, ist ohne praktischen Werth.

[5] Die in beiden üblichen Ausdrücke s. bei Fritz a. a. O. S. 377., für die erste Art ist der Zusatz *ipso jure* gewöhnlich, und im Zweifel

tert worden, auf den Erfolg hingesehen gleich, d. h. vollständig aufhebend[6], und nur in wenigen Fällen findet in sofern ein Unterschied Statt, dass eine Exception zwar die Klage ausschliesst, aber die Obligation als *naturalis* fortdauert (vergl. §. 32. bei Anm. 43. u. §. 82. bei Anm. 15. u. 17.). Es ist jedoch in Bezug hierauf zu bemerken, dass der Begriff der Aufhebung der Forderungen[7], welcher als allgemeiner nicht zu entbehren ist, für beide Arten gilt, während allerdings nur die Wirkung der ersten eine eigentliche Vernichtung, die der letzteren eine Wirkungslosigkeit der Forderung ist, jene also eine durch das Recht selbst anerkannte Erscheinung, diese als eine rechtliche Folge für den konkreten Fall erst anzuerkennen, und von der rechtsprechenden Gewalt dafür zu erklären ist[8].

A. Von der Erfüllung der Obligationen und der Auflösung dieser als deren nothwendiger Wirkung ist schon §. 90., im ersten Kapitel, die Rede gewesen, indem dessen Inhalt im Zusammenhang mit dem Gegenstand und dem Zweck der Obligationen nothwendig darauf führte. Sie ist daher dort aus dem Gesichtspunkt ihres Verhältnisses zum Gegenstand der Schuld erörtert worden. Hier kommt es auf dieselbe als Thatsache in ihrer äusseren Erscheinung an, um die Auflösung der Obligationen herbeizuführen, und damit tritt sie unter den weiter reichenden Begriff der Befriedigung, welche zwar zunächst eben in der Erfüllung geschieht, aber, wie in §. 90., z. A., sowie auch durch die beiden dort erörterten besonderen Ersatzmittel der letzteren schon angedeutet worden, eine allgemeine Vermittelung darin findet, wenn dem Interesse an der Leistung Genüge gethan wird. Dies ist auf zwiefache Weise möglich, unmittelbar und mittelbar. Das erste geschieht durch die Zahlung, das zweite durch die Gegenrechnung und die Neuerung der Schuld. Der Begriff der Zahlung ist hier im weiteren Sinn genommen[9], denn im engeren bezeichnet er die Uebergabe schuldigen Gelds; in jenem umfasst er also die Handlung der Erfüllung, oder die Abtragung und Entrichtung der schuldigen Leistung, ihr Gegenstand sei, welcher er wolle, mithin auch die Leistung des Interesses in Gelde, und also auch die Zahlung im engeren Sinn. Das Folgende betrifft nun die Zahlung nach allen diesen Richtungen hin; die für besondere bestehenden Normen werden meist als solche von selbst klar sein, und daher nur, soweit es nöthig, ausdrücklich hervorgehoben werden. 1. Die Wirkung der Zahlung ist die Auflösung und wirkliche Vernichtung der Obligation[10]. Wird die Schuld nicht ganz,

nur er entscheidend; für die zweite Art sind besonders: *submovetur*, *excluditur* (*sc. creditor*), *occurritur*, *opponitur*, *defenditur*, *se tuetur* (*sc. debitor*) und a. m. gangbar.

6 Fr. 66. 112. *de R. J.*

7 Ihm entspricht *solutio* in seinem weitesten Sinn vollkommen, worin es nach fr. 176. *de V. S. omnem satisfactionem*, und nach fr. 54. *h. t. omnem liberationem quoquo modo factam* umfasst, und auf die *oblig. substantia refertur*, nicht auf eigentliche Befriedigung in unserem Sinn (s. Anm. 2). Vgl. noch fr. 80. *h. t.* S. übr. Anm. 9.

8 Vergl. Bd. I. S. 301 ff. und wegen der Anwendung auf Solidarobl. §. 89.

9 Das ist in Uebereinstimmung mit dem engeren Begriff von *solvere*, s. fr. 176. *de V. S. solvere eum dicimus*, *qui facit*, *quod facere promisit;* s. auch fr. 49. *h. t.* Der engere Sinn des Begriffs: Zahlung, ist nur unserer Sprache eigenthümlich, obwohl auch im R. R. *solutio* meist eine *nummaria depensio*, indess doch immer nur nach Inhalt der vorausgesetzten Fälle bedeutet, und er ist sogar der ganz vorzugsweise im gemeinen Leben, wie juristisch gangbare, so dass allerdings strenggenommen der der Abtragung der Schuld vorgezogen werden muss, wenn man nicht etwa den germanisirten Ausdruck: Solution vorziehen wollte. Ich gestehe, dass ich mich mehr durch die Kürze und die Bequemlichkeit habe leiten lassen, wenn ich den der Zahlung angenommen habe, doch ist er, wohl aus denselben Gründen, in der Doktrin so ziemlich allgemein ebenfalls gangbar.

10 §. 4. *I. de Inutil. stipul.* pr. *I. Quib. mod. obl. toll.*

sondern nur theilweise bezahlt, vorausgesetzt, dass der Inhalt derselben theilweise Leistung zulässt (s. §. 84. III.), und der Gläubiger sie angenommen, oder seine Forderung nur theilweise geltend gemacht hat (s. das. B. u. §. 90. z. A.), so reicht die Wirkung auch nur soweit, und die Obligation bleibt auf den Ueberrest bestehen [11]. Ist einer dem Anderen mehrere Leistungen gleichen Inhalts schuldig, also namentlich Geld, und zahlt darauf einen Theil der Gesammtsumme ab, so beantwortet sich die Frage, auf welche der mehreren Schulden dies zu rechnen sei, wenn darüber kein Einverständniss herrscht, dahin: es steht zunächst dem Schuldner oder dem, welcher für ihn zahlt, frei, sofort bei der Zahlung zu bestimmen, welche der mehreren Schulden er abzahle [12]; thut er das nicht, so hängt es von der

[11] §. 1. *I. eod.* fr. 9. §. 1. *h. t.*

[12] Fr. 1. 101. §. 1. fr. 102. §. 1. *in f. h. t.* c. 1. *eod.* will der Gläubiger die Zahlung nicht darauf annehmen, wie es der Schuldner bestimmt, so würde er, wenn die Forderung fällig ist, in *moram* gerathen, nicht aber wegen nicht fälliger, soweit er nicht auch diese annehmen muss, s. §. 91. Anm. [17]; das fr. 2. *h. t.* ist natürlich nicht von einem gegenseitig freistehenden willkührlichen Widerspruch zu verstehen, (wie es Fritz a. a. O. S. 392. Anm. [88]. zu nehmen geneigt ist), sondern nur davon, dass, wenn keine Uebereinstimmung vorwalte, dies bei der (beabsichtigten) Zahlung sich aussprechen müsse, und nicht noch hinterher widersprechende Erklärungen abgegeben werden können. Da das Recht der Bestimmung auf Seiten des Schuldners ganz uneingeschränkt ist, mithin aller Widerspruch des Gläubigers wegfällt, so kann das: *creditori liberum esse non accipere* natürlich nur so verstanden werden, dass er es auf die Folgen der Verweigerung ankommen lassen wolle, also namentlich, dass er in *moram* gerathe. Dagegen aber versteht sich ebenfalls, (wie auch der Text ausdrückt), dass der Schuldner nicht theilweise Zahlung aufdringen dürfe, s. §. 90. z. A., sondern mindestens die Forderung, auf welche er die Zahlung gerechnet wissen will, ganz anbieten müsse. Ist der Gläubiger bereit zur Annahme theilweiser Zahlung, so hat wieder der Schuldner zuerst das Recht der Bestimmung, s. Funke Erört. prakt. Rechtsmat. Abh. IV. Mühlenbruch §. 470. z. A. und in Ermangelung einer solchen (die nicht leicht fehlen wird), müssen wieder die Regeln des Textes Platz ergreifen. Mit dem Ueberschuss über die volle Forderung, welche zur Befriedigung gelangt, resp. soweit er reicht, verhält es sich ebenso, d. h. in Ansehung der noch voll befriedigt werdenden Forderungen kommen die Regeln des Textes vollständig zur Anwendung, und rücksichtlich derjenigen, welche nur zum Theil befriedigt werden kann, ist es wie mit theilweisen Zahlungen überhaupt. S. auch fr. 97. in f. *h. t.* fr. 5. §. 3. *eod.* — Es kann Frage entstehen, ob nicht unter Umständen eine solche Erklärung des Schuldners als stillschweigend geschehen zu betrachten sei? Die in den bezüglichen Stellen vorkommenden Ausdrücke *dicere* und *exprimere* scheinen diese Möglichkeit nicht zu verneinen, sondern nur den freilich gewöhnlichen Fall ausdrücklicher Erklärung vor Augen zu haben. Wenn aber ein Schuldner z. B. eine Summe in einer bestimmten Münzsorte und die andere in einer anderen schuldet, und gerade jene volle Summe in jener Münzsorte zahlt, so scheint in der That eine stillschweigende Bestimmung so unverkennbar, dass sie als geschehen angenommen werden muss. So ferner z. B., wenn Jemand in eine Summe von 90 Thlr. 23 gGr. 11 Pf. verurtheilt ist, und er übersendet dem Gläubiger gerade diesen Geldbetrag u. s. w. — Einige, Buchholtz S. 352. nach Funke a. a. O. S. 202 ff., wollen die freie Bestimmung des Schuldners in sofern beschränken, als er den Gläubiger nicht zur Annahme des Kapitals, wenn noch Zinsen restiren, nöthigen könne, weil mit jenem die Zinsforderung erlösche. Das letztere ist nur in Ansehung der nicht besonders versprochenen wahr, damit aber tritt dieser Fall unter andere Gesichtspunkte. Es ist nämlich nach m. E. diese Frage so zu entscheiden: wenn Kapital und Zinsen von der Art geschuldet werden, die nicht vermöge besonderer Obligation, sondern nur mit jenem gefordert werden können, so kann der Schuldner dem Gläubiger die Zahlung des ersteren darum nicht allein aufnöthigen, weil dies nur eine Theilzahlung der ganzen Schuld sein würde, die jener nicht zu nehmen braucht, s. vorher. Beruhen aber die Zinsen auf einem besonderen Versprechen, so sind die verfallenen auch ein besonderes *debitum*, und es steht dem Schuldner

Willkühr des Gläubigers ab, welche der mehreren Forderungen er als bezahlt betrachten wolle, jedoch ist dieselbe mehrfach beschränkt[13]. Vor Allem nämlich

nichts entgegen, das Kapital allein und zuerst zu zahlen, und der Gläubiger darf dessen Annahme ohne Zinsen nicht versagen. Vangerow a. a. O. S. 211. beruft sich zur Unterstützung der hier bestrittenen Ansicht, aber ebenfalls ohne diesen Unterschied zu machen, auf c. 19. *de Usuris*, wonach Kapital und Zinsen als Ein Schuldposten anzusehen seien, und nur beides zusammen offerirt und deponirt werden dürfe; aber dazu wäre man nur berechtigt, wenn diese Konst. von Zinsen der zweiten Art verstanden werden müsste. S. darüber noch Anm. [79]. Buchholtz kommt S. 357. nochmals auf diesen Punkt zurück, indem er behauptet, dass, bei nicht vollständiger Zahlung eines Kapitals und der Zinsen selbst wider den (also bei der Zahlung geäusserten) Willen des Schuldners zuerst alle Zinsen als bezahlt angesehen werden müssten, und beruft sich dafür auf fr. 48. *h. t.* In dieser Stelle finde ich keine Andeutung einer solchen Willensäusserung, aber natürlich steht der Willkühr hier wieder die Unzulässigkeit der Theilzahlung entgegen, während, wenn die Zahlung mindestens den Zinsrest deckt, allerdings dieser zuerst, resp. allein als getilgt zu betrachtet ist. (Vergl. Anm. [14] a. E. und Anm. [29]).

[13] Die grosse Zahl der für diesen und besonders für den im Text folgenden dritten Fall in dem Titel *de Solut.* enthaltenen Regeln und Gegensätze, welche einmal wirkliche oder scheinbare Unvollständigkeiten und Zweideutigkeiten enthalten, und dann auch ohne eine reflektirende Kombination in der That die durch sie selbst beförderten Fragen nicht lösen, haben die neueren Juristen, welche sich mit diesem Gegenstand spezieller beschäftigt haben, zu beträchtlichen Meinungsverschiedenheiten geführt. Die gemeine Meinung, welche namentlich in allen Pandektenlehrbb. vertreten ist, geht nach fr. 1. — 3. pr. *h. t.* davon aus, dass im obigen (zweiten) Fall der Gläubiger bei seiner Erklärung darauf Rücksicht nehmen müsse, dass die für den Schuldner lästigste der mehreren Forderungen abgetragen werde; dass für den anderen (dritten) Fall aber eine Anzahl von Regeln unter Bezug auf gewisse Eigenschaften der verschiedenen Forderungen entscheide, unter welchen dann dieselbe, welche im ersteren Fall allein maasgebend sein soll, auch wieder erscheint. Es finden sich jedoch hierneben in Einzelheiten eine nicht geringe Zahl von Abweichungen, welche alle anzuführen und zu beleuchten hier zu weit führen würde. Indessen ist das auch entbehrlich, sobald die die diesseitige Ansicht von der Sache sicher begründet werden kann. Ich verweise daher nur auf: Wening §. 245. (110.), Göschen Vorles. §. 444. S. 225., Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 463 f., Puchta §. 287. und Vangerow S. 211 ff., werde einige weiterhin gelegentlich erörtern, und fahre hier mit der Entwickelung der Hauptprincipien fort. Der gemeinen Ansicht entgegen stand nämlich die von *Donellus Comm. jur. civil. Lib.* 16. c. 12. §. 6. sqq. und Anderen, unter denen neuerlich von Buchholtz Abhandl. S. 353. Anm. [11] vertheidigte, welche unter Rücksicht auf die Vorschrift, dass sich der Gläubiger gleich bei Annahme der Zahlung erklären müsse, später aber dies nicht könne, die Sache so auffassen: dass, wenn der Gläubiger sich also solchergestalt erkläre, und der Schuldner nicht widerspreche, von irgend einer Beschränkung ganz und gar nicht die Rede sein könne, sondern nur, wenn er später bestimmen wolle, auf welche Forderung er abrechnen wolle. Dem widerspricht Mühlenbruch §. 470. Anm. [3], weil dem Wortsinn der fr. 1. und 3. *h. t.* darin Gewalt angethan sei, und substituirt folgende Regel: „erkläre sich der Schuldner nicht, so könne es der Gläubiger thun, nur müsse er wie ein treufleissiger Geschäftsführer des Schuldners verfahren, und sei ausserdem noch an sonstige Beschränkungen gebunden; dann also habe der Schuldner kein Widerspruchsrecht, wohl aber, wenn jener sich erst später erklären sollte, und da die gesetzlichen Beschränkungen im Ganzen den möglichsten Vortheil des Schuldners bezwecken, worauf dieser bei seinem Widerspruch ebenfalls bedacht sein werde, so komme die Sache im Wesentlichen immer darauf hinaus, dass die Abrechnung auf die drückendste Schuld geschehe.“ Diese Auffassung ist wohl der Grund, dass M. den in fr. 3. §. 1. fr. 97. pr. *h. t.* und c. 1. *eod.* ausdrücklich eingeleiteten dritten Fall: *Quod si forte a neutro dictum sit etc.* mit dem vorigen ganz zusammenwirft, und nur zwischen zeitiger und späterer Erklärung des Gläubigers unterscheidet. Wieder anders stellt Fritz Erl. zu Wening Bd. II. S. 393. die Sache dar, nämlich: „es komme

muss sich der Gläubiger darüber beim Empfang unmittelbar aussprechen, auf welche der mehreren Forderungen er die Zahlung als geschehen annehme, sodann muss er

einzig darauf an, ob die Posten, auf welche der Gläubiger anzunehmen erkläre, solche, wie in fr. 1. §. 1. *h. t.* genannte seien; die Wahl solcher sei immer entscheidend, wo nicht, so werde es so gehalten, wie wenn bei der Zahlung von keiner Seite eine Erklärung erfolgt sei." Und für diesen Fall tritt er den von Wening aufgestellten Regeln bei, unter denen er die von der lästigeren Forderung ganz ausführlich erörtert. Es ist endlich noch der Bemerkung Puchta's a. a. O. zu gedenken, dass, wenn der Gläubiger *in continenti* bestimme, worauf er die Zahlung annehme, und der Schuldner es sich gefallen lasse, von einer Beschränkung gar keine Rede sein könne, widrigenfalls könne der Gläubiger nur so bestimmen, wie es dem Schuldner am vortheilhaftesten sei. — Nach m. A. verhält sich die Sache folgendermaassen: 1) die zuletzt gedachte unbeschränkte Willkühr ist unter der gestellten Voraussetzung ausser jedem Zweifel, in sofern eine Zustimmung des Schuldners anzunehmen ist, mithin hierin ein stillschweigendes Uebereinkommen liegt. (S. jedoch folg. Anm. wegen des blossen Schweigens.) Allein davon ist in keiner der sämmtlichen Stellen die Rede; es versteht sich von selbst, und darum hat dieses Falls im Text auch keine Erwähnung geschehen können. 2) Die Bestimmungen für den Fall, dass von keiner Seite eine Erklärung bei der Zahlung geschehen ist, setzen allerdings später entstandenen Streit darüber voraus, worauf jene gerechnet werden solle, indessen ist dabei gar nicht nothwendig, an eine später erfolgende Erklärung des Gläubigers zu denken, sondern die Fragen können auch *ex officio* aufgeworfen werden müssen. 3) Beiden Fällen liegt nun das gemeinsame Hauptprincip zu Grunde, dass, wenn der Schuldner bei der Zahlung nicht bestimmt, auf welche seiner Schulden er sie leiste, sein Interesse so, wie wenn er ihm gemäs sich ausdrücklich erklärt hätte, wahrgenommen und also (*haec res efficit etc.*) die drückendste und lästigste für ihn als bezahlt betrachtet werden solle. Dasselbe ist für den ersteren in fr. 1. und 3. §. 1. *h. t.* ebenso ausdrücklich anerkannt, wie für den letzteren in fr. 5. pr. und in fr. 97. *h. t.* und in den Anwendungen auf gewisse zahlreiche Arten von Forderungen in den citirten Stellen und in fr. 4. 7. *h. t.* Der von Fritz für seine Meinung, dass für den ersteren Fall dieses Princip nicht gelte, hervorgehobene Grund soll namentlich in den Worten des fr. 1. *h. t.* beruhen, welches allein von diesem Fall handelt: *dummodo etc. id est etc.* (Ueber die bestrittene Lesart dieser Worte vgl. deutsch. Corp. Jur., und Buchholtz a. a. O. S. 351. [7]; dass eine Negation, [*id est non in id deb. etc.*] erforderlich sei, darüber ist man einig), allein es lässt sich doch gar nicht leugnen, dass damit nur Beispiele des vorangehenden Princips: *in id* (*debitum*) *constituat solutum*, *in quod ipse si deberet*, *esset soluturus*, welches in dem unmittelbar zusammenhängenden fr. 3. so wiederkehrt: *haec res efficit, ut in duriorem caussam semper videatur sibi debere accepto ferre; ita enim et in suo constitueret nomine*, angegeben sein sollen? Sind sie aber das, so versteht sich von selbst, dass auch alle in Verbindung mit dem anderen Fall, *si forte a neutro dictum sit etc.* vorkommenden Beispiele ebenso gut dem ersteren angehören. 4) Dass nun ferner, wenn eine Rangfolge der einzelnen verschiedenartigen Forderungen zur näheren Feststellung der *durior* oder *gravior caussa* existirt, sie für beide Fälle dieselbe sein müsse, wird Niemand bezweifeln. Eine solche ist aber nicht nur zur Entscheidung von Kollisionsfragen unentbehrlich, sondern in fr. 97. *h. t.* wenigstens für den letzteren Fall, *utriusque demonstratione cessante*, auch ausdrücklich anerkannt. Damit aber kann natürlich der andere nicht als ausgeschlossen betrachtet werden, sondern Papinian hatte in jener Stelle nur gerade diesen in der Art sich nicht vor Augen gestellt; er will also keineswegs verneinen, dass auch in diesem die Frage von der *durior caussa*, wenn sie entstehe, nicht ebenso zu beantworten sei. Was dagegen die Rangfolge selbst betrifft, so sind in fr. 97. *d.* nicht alle in den anderen Stellen (s. überh. die von Anm. [15]—[18] gen.) vorkommende Forderungen genannt; einen Widerspruch oder Ausschluss solcher nun kann ich hierin ebenso wenig finden, als dass in jenem allein und nicht in diesen von einer Rangfolge die Rede ist. In den letzteren sind vielmehr nur einfache Gegensätze, entweder beispielsweise oder in Bezug auf konkrete Fälle, beabsichtigt und es ist in ihnen keine Kollision der Art, welche eine vollständige Klassifikation nöthig macht, vorausgesetzt. Allerdings aber ist die Unvollständigkeit der Papinianischen Reihe geeignet, Zweifel wenigstens in einigen Punkten zu ver-

das Interesse des Schuldners, wie wenn es sein eigenes wäre, berücksichtigen, m. a. W. die Zahlung auf diejenige Forderung abrechnen, von welcher er sich, wenn er Schuldner wäre, zunächst befreien würde, also auf die lästigere, von welcher beim Aufschub die bedrohlichsten Folgen zu erwarten sind [14]. Derselbe Ge-

anlassen, s. Anm. [15] und [16], [27] und [29], doch heben sich die bedeutenderen, wenn man berücksichtigt, dass mehrere Unterscheidungen wiederum bei allen einzelnen Rangklassen zur Sprache kommen, und die mehreren Forderungen mehrere der respektive entscheidenden Eigenschaften an sich tragen können, also einmal eine absolute, und dann auch eine relative, z. B., dass mehrere Forderungen mit einer Konventionalstrafe geschuldet werden können, von denen aber die eine höher verzinslich ist als die andere. Auch ist man mit dem Princip der *durior caussa* im Stande, die innerhalb des Kreises seiner positiv anerkannten Gestaltungen, welche man freilich nicht überschreiten darf, ohne in die Willkühr überzugehen, möglicherweise entstehenden, und nicht direkt entschiedenen Fragen zu beantworten, z. B., welche von mehreren Schulden *sub poena* als getilgt zu betrachten sei, wenn die Strafe der einen noch einmal so schwer ist, als die der anderen? Dies scheint mir von keinem der Schriftsteller, welche diese Lehre etwas genauer behandelt haben, gehörig berücksichtigt zu sein. So z. B. lässt Fritz a. a. O. S. 393 ff. mit Wening a. a. O. und ebenso Unterholzner a. a. O. S. 463. die fälligen Zinsen allen übrigen Forderungen vorangehen, also doch ohne Rücksicht auf die Eigenschaft der Hauptforderung, von welcher sie ihren Ursprung nehmen, s. dagegen Anm. [29]. Auch das ist nicht richtig, wenn schlechthin die fällige Forderung der nicht fälligen vorgezogen wird, so dass also z. B. jene der *cum poena* vorginge, während diese gar nicht fällig sein darf, wenn die Zahlung noch die Strafe soll abwenden, und also die Bestimmung des fr. 97. *h. t.* soll Anwendung leiden können, s. Anm. [22]. Die einzelnen Stufen des in fr. 97. *h. t.* geordneten Rangs werden zweckmässiger bei den einzelnen nachgewiesen werden, s. die ff. Anmm. [5]. Nach dem Bisherigen scheint es nun fast, als wenn Mühlenbruch Recht hätte, dass ein Unterschied zwischen dem Fall, wo der Gläubiger bestimmt, und dem, wo gar keine Bestimmung erfolgt, worauf gezahlt sein solle, nicht bestehe, indem beide nach Einem Princip entschieden würden. Dies ist allerdings soweit richtig, als der Begriff der *durior caussa* reicht, allein gerade da, wo er aufhört, tritt der Unterschied ein, also mit der früher und der später fälligen Schuld, s. bei Anm. [19], und danach besteht denn gerade das Recht der dem Gläubiger überlassenen Bestimmung darin, dass er auf die nicht eine *durior caussa* umfassenden Forderungen beliebig die Zahlung durch sofortige Erklärung rechnen und bestimmen kann, während dafür beim Mangel jeder Erklärung die Regeln bei Anm. [19] ff. zur Anwendung kommen würden. S. noch folg. Anm. — Der Moment, wo dem Gläubiger die Befugniss der Wahl zufällt, ist, wenn es darauf ankommt, denselben mit aller Schärfe zu bestimmen, derjenige, wo der Gläubiger das Geld wirklich übernimmt; bis dahin, also bis zur Weggabe, hat der Schuldner die Wahl. Wenn der Gläubiger das Geschäft der Empfangnahme dazu vorübergehen lässt (*in continenti*), so ist der Fall eingetreten, *ut neuter voluntatem suam expresserit.*

[14] Fr. 1. 3. pr. *h. t.* c. 1. *h. t.* Die anscheinend allgemeine und unbeschränkte Vorschrift der letzteren Stelle ist natürlich mit den näheren Bestimmungen der ersteren zu verstehen. Vgl. vor. Anm. Ein Widerspruch des Schuldners gegen die Erklärung des Gläubigers, worauf er das Empfangene rechne, ist, wenn er Forderungen mit *durior caussa* schuldet, und jener nicht demgemäs seine Erklärung einrichtet, nicht erforderlich, indem hier aus dem blossen Stillschweigen eine Zustimmung nicht geschlossen werden kann, sondern eine den desfallsigen Vorschriften zuwiderlaufende Bestimmung des Gläubigers nach fr. 1. *h. t.* wirkungslos sein muss. Eine ausdrückliche Zustimmung hingegen bringt die Sache freilich unter einen anderen Gesichtspunkt, s. vor. Anm. Nr. 1.). Ein Widerspruch jedoch wider die Bestimmung des Gläubigers, wenn diese einmal ihm zuständig geworden, in Ansehung solcher Forderungen, worüber er frei disponiren kann (s. vor. Anm. a. E.), hilft dem Schuldner zu gar nichts, indem der Gläubiger darin in seinem Recht ist. Buchholtz a. a. O. S. 349 f. behauptet, der Gläubiger müsse, wenn Kapital und Zinsen geschuldet werden, immer zuerst auf die letzteren abrechnen, und zwar nach der in Anm. [29] cit. Stelle. Ich sehe hierzu keine Nothwendigkeit, indem in diesen Stellen andere Fälle vorausge-

sichtspunkt wird endlich, neben einigen gleichzeitigen Rücksichten, dann maasgebend, wenn von keiner Seite bei der Zahlung und deren Annahme eine Erklärung gegeben worden ist. Jener Begriff aber gestaltet sich im Besonderen und regelt sich, ein Zusammentreffen der folgenden darin verschieden charakterisirten Forderungen gedacht, in der Rangfolge namentlich dahin, dass die Abrechnung immer zuerst auf die Forderungen geschehen soll, welche der Schuldner unter einer Konventionalstrafe schuldet[15], oder für welche im Fall rechtswidrigen Leugnens, oder der Verweigerung die Strafe des Doppelten gesetzt ist, dann folgt die, in welche er rechtskräftig verurtheilt worden[16], hierauf die, für welche Pfänder bestellt oder

setzt sind, so dass dem Gläubiger danach nicht verboten ist, (*in continenti*) zu bestimmen, dass er eine Zahlung, worüber der Schuldner nichts bestimmt, auf das Kapital und nicht auf die Zinsen rechne; der Schuldner hat ja hierdurch auch einen Vortheil und keinen Nachtheil, indem er fortan einen geringeren Hauptstock verzinst. Eine hiermit zusammenhängende Ansicht desselben s. in Anm. [12] a. E. Vergl. auch noch Anm. [29].

[15] Fr. 97. *h. t.* (die diesen dort und in fr. 7. pr. *h. t.* noch vorangeschickten *sub infamia* geschuldeten Forderungen fallen als unpraktisch weg.) In fr. 4. *h. t.* ist ebenfalls *id quod cum poena debetur*, anderen Forderungen vorgezogen, ohne dass jedoch auf den Rang Rücksicht genommen ist. Ebenso ist die *caussa poenalis* in fr. 7. zu verstehen, von der dasselbe gilt (s. auch Basil. XXVI. 5. 7.). Da nun in letzterer Stelle die Fälle der Litiskrescenz diesen gleichgesetzt werden (obwohl in der That bei ihnen der Schuldner es völlig in der Hand hat, soweit es dabei auf Leugnen ankommt, die Strafe abzuwenden), so glaube ich dieselben den Forderungen *sub poena* gleichstellen zu müssen, wenn auch fr. 97. *d.* ihrer nicht gedenkt. S. auch Unterholzner a. a. O. Anm. m). Aber auch die Fälle der *poena dupli*, welche schon dann eintritt, wenn der Schuldner es nur zur Klage kommen lässt, müssen um so mehr hierher gerechnet werden, als in ihnen ein mit der Konventionalstrafe innig verwandter Fall vorliegt. Ganz anderer Meinung sind hier Buchholtz a. a. O. S. 354 ff. Anm. 17. a. 19. u. 21. und Fritz a. a. O. S. 393., indem beide nach den infamirenden die rechtskräftig entschiedenen Forderungen einschieben, dann erst die *sub poena* versprochenen folgen lassen, denen sie die verzinslichen gleichsetzen, und hinter diese endlich die Litiskrescenzfälle stellen. Diese Ordnung ist dem fr. 97. *h. t.* ganz klar zuwider, und die Versuche, sie künstlich zu beweisen, sind vergeblich. Denn die rechtskräftigen Forderungen denen *sub poena* vorzuziehen, könnte man sich nur dadurch bewogen fühlen, dass sie in fr. 7. *h. t.* vor den letzteren, gleich nach den *famosis*, genannt werden, allein in dieser Stelle ist kein Rang bei vorausgesetzter Kollision aller angeordnet, sondern für jede Art nur der einfache Gegensatz gedacht (s. noch folgende Anm.). Die Gleichstellung der verzinslichen mit denen *sub poena* beruht einzig darauf, dass die Zinsen zuweilen *poena* genannt würden, z. B. in fr. 12. in f. *de Usur.*, was doch kein Beweisgrund ist; s. auch Unterholzner a. a. O. Anm. m). Warum endlich die Litiskrescenzfälle erst denen *sub poena* folgen und nicht ihnen gleichstehen sollen, dafür ist auch nicht einmal ein Scheingrund aufgestellt; denn in fr. 7. *h. t.* sind jene sogar vor den letzteren genannt.

[16] Diese sind zwar in fr. 97. *h. t.* gar nicht erwähnt, und ihre Erwähnung in fr. 7. *eod.* hat ihnen keinen bestimmten Rang unter den übrigen verliehen, dagegen aber sind sie doch hier inmitten nur solcher genannt, denen die erstere Stelle die beiden ersten Rangplätze anweist, und sie drohen auch wegen der bevorstehenden Exekution offenbar nachtheiligere Folgen, als wenigstens alle dort nach denen *sub poena* genannten. Aber auch darin könnte man zweifelhaft werden, ob nicht die Judikate nach R. R. den Forderungen *sub poena* gleichgestellt werden müssen? nämlich wegen der 12% Zinsen, s. S. 100. bei Anm.[37], und da nach fr. 7. *d.* wenigstens keiner Forderung vor der anderen der Vorzug gegeben, und die erste Art sogar vor der zweiten genannt ist. Mich leitet bei der Bestimmung ihrer Stellung im Text vorzugsweise das Princip der *durior caussa*; da nun die 12% Zinsen bei uns antiquirt sind, und selbst dieser hohe Zinsfuss im Allgemeinen mit den Nachtheilen einer Konventionalstrafe, als einem ganz offenbaren Verlust nicht zu vergleichen war, so kann ich die Judikate den Forderungen *sub poena* nicht

Bürgen gegeben worden[17], demnächst die eigene im Gegensatz zur Bürgschaftsschuld[18]. In Ermangelung solcher auszeichnenden Eigenschaften für eine der mehreren Forderungen, oder im Fall des Zusammentreffens mehrerer von gleichem Charakter, wird die als gelöst angesehen, deren Leistung früher fällig geworden[19];

gleichstellen, muss ihnen aber aus den vorher gedachten Gründen unmittelbar den Rang nach diesen anweisen. Andere sind a. M. s. vor. Anm.

[17] Fr. 97. fr. 4. in f. fr. 5. pr. *h. t.* Die erste Stelle erwähnt der *satisdatio debita* nicht neben der Pfandschuld, und die zweite und dritte wieder der letzteren nicht, sondern nur der ersteren. Da aber übrigens in der ersten und zweiten gleiche Arten der Forderungen genannt sind, so scheint, dass auch jene beiden einander ganz gleichgesetzt werden müssen. Der Frage, worin eigentlich die *durior causa* bestehe, wenn man einen Bürgen gestellt hat, könnte man zwar einfach damit ausweichen, dass das Gesetz eine solche anerkenne, indessen hat dies auch in der That seinen guten Grund darin, dass der Schuldner dabei in einer doppelten Obligation steht, und das Verhältniss zu dem Bürgen etwas moralisch Drückendes hat. Dass die mit einem Bürgen bekräftigte Schuld aber der Pfandschuld nachstehen müsse, jedoch den nächsten Rang nach dieser einnehme, wie Buchholtz und Fritz a. den a. O. wollen, dafür sehe ich durchaus keinen Grund, es wäre dies wiederum der in fr. 97. *h. t.* enthaltenen Reihenfolge zuwider.

[18] Fr. 97. coll. fr. 4. *h. t.* Buchholtz S. 356. zieht die eigenen *naturalia debita* den klagbaren *alieno nomine*, also Bürgschaftsschulden, vor. Es ist richtig, dass, wenn man in fr. 97. *h. t.* die Worte: *potior habeb. propria etc.* ganz allgemein versteht, jene Folge sich von selbst ergeben muss. Allein, da doch dieser Gegensatz als eine Gestaltung der *gravior causa* erscheint, und unmittelbar hinterher folgt, *quod veteres ideo definierunt, quod verisimile videretur, dilig. debitor. ita negot. suum gestur. fuisse*, nach dieser Maxime aber sicherlich Jemand erst alle klagbare Schulden bezahlen wird, ehe er an die *naturalia* denkt, so ist nach m. E. in fr. 97. stillschweigend vorausgesetzt, was jedoch auch Regel ist, dass die *propria* klagbar sei.

[19] Fr. 102. §. 2. fr. 89. §. 2. *h. t.* Diese zweite Stelle enthält ein Beispiel der Art, dass die Zahlung einer von zweien gleichzeitig kontrahirten Schulden früher als die der anderen ausgemacht war; Unterholzner a. a. O. [l]) fasst nun diese Stelle so auf, dass unter mehreren fälligen diejenige vor den anderen an die Reihe komme, von welcher ausgemacht worden, dass sie zuerst abgetragen werden solle. Das sagt die Stelle aber ganz gewiss nicht, sondern sie setzt offenbar voraus, dass die Schuld, deren frühere Zahlung ausgemacht worden (*Idib. Septembr.*), auch zuerst fällig geworden ist. Deshalb scheint mir vielmehr nicht auf diese Abrede an sich etwas anzukommen, sondern einzig darauf, was sie nur bewirken wollte, nämlich auf die frühere Fälligkeit selbst, mag diese gerade durch eine solche Abrede, oder wie sonst eingetreten sein. Nur in sofern also liesse sich eine Beabredung der Art noch relevant denken, wenn sie auf eine von mehreren Forderungen, in der Voraussetzung, dass sie sämmtlich fällig seien oder würden, sich bezöge. Es würde keinen Anstand haben, dass eine unter solchen Umständen erfolgende Zahlung allerdings auch nun auf jene bestimmte Forderung zu rechnen sei, indem der Handlung des Schuldners unbedenklich diese Auslegung gegeben werden müsste, resp. dass es geschehe, von ihm nachmals verlangt werden kann, es mag aber dahingestellt bleiben, ob jemals ein Versprechen der Art vorkommen wird, indem sich ein solcher Fall und ein Interesse des Gläubigers daran kaum denken lässt. Buchholtz a. a. O. S. 355. nimmt zwar an, dass in der Stelle nur von früherer Fälligkeit einer von zwei jetzt fälligen Forderungen schlechthin gesprochen werde, er legt aber besonderes Gewicht darauf, dass die zuerst fällig gewordene nach der Stelle habe geringer verzinst werden sollen, als die andere, und findet darin, dass nun dennoch nicht die höher verzinsliche, also die lästigere, als bezahlt betrachtet werden solle, „offenbar" eine Strafe der Saumseligkeit des Schuldners. Ich sehe aber vorerst keinen Grund zu dieser Vermuthung. Ohne diese zu wiederholen, nimmt Fritz a. a. O. S. 394. den Satz ebenfalls an. Danach bliebe nun zwischen beiden und mir noch der Unterschied der Beschränkung auf mehrere höher und niedriger verzinsliche Forderungen, während ich die Eigenschaft der Verzinslichkeit für zufällig und einflusslos und die frühere Fälligkeit schlechthin für entschei-

ferner unter mehreren gleichzeitig fälligen die ältere[20], und unter mehreren gleich alten wird die Zahlung verhältnissmässig auf alle als geschehen betrachtet[21]. Mit Ausnahme der beiden vorgedachten, dem Rang nach ersten Arten[22], für welche es nicht in Betracht kommt, ist für alle hier berührte Forderungen vorausgesetzt, dass sie fällig und klagbar seien[23]; ist das nicht der Fall, so hat die fäl-

dend halte. Dieser allgemeinen Auffassung steht nicht nur gar nichts entgegen, sondern es spricht in der That Alles so sehr dafür, dass ich mir keines Grunds zu einer Beschränkung der Art bewusst werden kann. Es enthält ja auch die erste Stelle, fr. 102. §. 2. *h. t.* den Satz ganz allgemein: — *videri in primam quamque summam liberationem proficere*, und ein ganz unleugbares *arg. e contrario* liegt noch in fr. 8. *h. t. v. si par dierum caussa sit etc.* S. noch folgende Anm.

[20] Fr. 5. pr. 24. 97. (auch arg. fr. 96. §. 3.) *h.t.* Anstatt des bei der vorigen und des bei dieser Anm. im Text aufgestellten Satzes findet man meist schlechthin den: „dass die ältere Schuld zu berichtigen sei"; s. Buchholtz a. a. O. S. 353 f. Wening a. a. O. A. a. E. Es bleibt dabei ungewiss, wie der Begriff der älteren Schuld zu verstehen sei, nämlich, ob etwa gleich: früher fällige, oder: älteren Ursprungs. Buchholtz citirt wenigstens die genannten und fr. 102. §. 2. *h. t.* neben einander, während sie offenbar von verschiedenen reden, die letzte von der ersteren, alle übrigen von *antiquius debitum*, *vetustior contractus*; es ist übrigens viel wahrscheinlicher, dass die zweite Bedeutung gemeint sei. Dann entsteht aber die natürliche Frage von dem Einfluss der früheren Fälligkeit. Diese entscheidet nach m. E., wie die vorige Anm. ergiebt, vorzugsweise. Für den Fall nun aber, wo das Alter des Ursprungs entscheiden soll, muss ich noch ausdrücklich darauf aufmerksam machen, was anderwärts übersehen zu sein scheint, dass dabei vorausgesetzt ist, dass die mehreren Forderungen gleichzeitig fällig geworden seien. Diese Bevorwortung ist zuvörderst schon eine nothwendige Folge davon, dass sonst sich eben der gedachte Einfluss der früheren Fälligkeit geltend machen würde. Sodann sagt die erste der cit. Stellen ausdrücklich, dass *in his, quae praesente die debentur — si omnia nomina similia sint, in antiquiorem caussam solutum videri*, und die beiden anderen, welche nur des *antiquius debitum* gedenken, enthalten nichts, was der Annahme gleichzeitiger Fälligkeit entgegenstände. Endlich enthält auch fr. 8. *h. t.* in sofern einen ganz deutlichen Beweisgrund *e contrario*, als nur *si par et dierum et contractuum caussa sit*, *ex omnibus summis pro portione videri solutum*, der *vetustior contractus* nach den übrigen Stellen aber als *impar* erscheint, und also, auch wenn die *caussa dierum par* ist, einen Vorzug herbeiführen muss, indem für die proportionsmässige Vertheilung die doppelte Parität (*et — et*) vorausgesetzt ist.

[21] S. fr. 8. *h. t.*

[22] Für die Judikate kann dies keinem Zweifel unterliegen; für die *debita sub poena* folgt aber die Ausnahme daraus, dass, möge ein *dies solut.* bestimmt sein, oder nicht, das Ausbleiben der Hauptleistung über den Zeitpunkt hinaus, wo sie geschehen sollte, die Strafe verfallen macht, s. §. 88. bei Anm. 16 ff. und s. Anm. 12, die Vorschrift über den Rang solcher Forderungen in der Befriedigung bei unbestimmt gebliebener Zahlung aber eben die Abwendung der Strafe bezweckt; die Schuld *sub poena* ist also immer als noch nicht verfallen zu denken, um jene Vorschrift zur Anwendung zu bringen. Dagegen entsteht aber nun die Frage, wie sich die nichtfällige Schuld *sub poena* hierin zu anderen fälligen verhalte? Es wird zu unterscheiden sein: ist kein *dies solut.* bestimmt, so steht jener Anwendung niemals ein Bedenken entgegen; ist aber ein solcher bestimmt und muss der Gläubiger auch vorher die Leistung annehmen (s. §. 91. S. 154.), so gilt dasselbe, wo nicht (s. ebendas.), so müsste die Zahlung allerdings gerade am *dies solut.* geleistet werden, um die Anwendbarkeit der Regel zu begründen, indem sonst die fälligen einfachen Forderungen vorgehen.

[23] Die Fälligkeit ist in mehreren Stellen auf solche Weise für die Berücksichtigung der fraglichen Forderungen als Voraussetzung genannt, dass ohne dieselbe offenbar keine hierbei in Betracht gezogen werden kann, s. fr. 1. (*v. cujus nondum dies venerat*) fr. 3. §. 1. fr. 5. pr. fr. 103. *h. t.* die Klagbarkeit ähnlich in fr. 94. §. 3. *h. t.* Dass nun beide Voraussetzungen nicht nur für einfache, sondern auch für solche Forderungen gelten, *quae graviorem caussam continent*, gegenüber den ersteren, versteht sich von selbst. Die erste scheint auch in dieser Allgemeinheit überall anerkannt, s. Buchholtz S. 353. und

lige [24] vor jeder nichtfälligen ohne Unterschied [25] und die klagbare vor der nicht klagbaren [26] gleichergestalt, mit Ausnahme der der ersten und dritten der vorgedachten Rangklassen angehörigen, immer den Vorzug. Endlich ist in allen Arten [27] unter denselben Voraussetzungen die höher verzinsliche der minder verzinslichen vorzu-

Unterholzner a. a. O. S. 463. II., die zweite wenigstens nicht von Allen ganz, s. Anm. [18], oder es wird die Klagbarkeit meist in einer Verbindung erwähnt, welche ihr in der Eigenschaft einer Voraussetzung, oder doch der Allgemeinheit derselben Eintrag zu thun geeignet ist, s. diess. resp. S. 356. u. S. 464. VIII. u. Fritz S. 394. — Sehr gewöhnlich wird auch als allgemeines Erforderniss das aufgestellt, dass die Forderung, auf welche eine Abrechnung solle geschehen können, nicht bestritten sein dürfe, und zwar unter Bezug auf fr. 1. *h. t.*, wo dem Gläubiger versagt ist, die Zahlung auf eine solche als angenommen zu bestimmen. Mir scheint aber das sich von selbt zu verstehen, indem die Zahlung auf eine in Streit befangene Forderung nur kraft ausdrücklicher Bestimmung von Seiten des Schuldners als geschehen angenommen werden darf, worin denn ein Zurücktritt vom Streit selbst liegen würde, ohne jene aber ein solcher, auf den es hier hinauskommen müsste, aus einer Zahlung, während Mehreres geschuldet wird, unmöglich gefolgert werden kann. Dass nun der *in controversia* befangenen Forderung in der Verbindung des fr. 1. *h. t.* ausdrücklich gedacht wird, lässt sich wohl erklären, indem es dabei nicht gerade auf eine methodische Darstellung von Rechtsregeln abgesehen war. Ich kann aber diese negative Eigenschaft nicht für eine solche halten, deren ausdrücklich zu gedenken wäre, indem ich eine Möglichkeit nicht sehe, mit welchem Recht eine unter solchen Umständen geschehene Zahlung überhaupt auf eine streitige Forderung, d. h. möge sie schon zu jener Zeit in Streit befangen sein, oder erst später sich ergeben, dass der Schuldner sie leugne, solle gerechnet werden können.

[24] Dies kann an sich keinem Zweifel unterliegen, s. auch fr. 103. *h. t.*, sondern vielmehr nur gefragt werden, ob nichtfällige überhaupt hier in irgend einigen Betracht kommen können? Die Bejahung folgt aus dem Satz bei Anm. [10] in §. 91.

[25] Vergl. Anm. [22].

[26] Fr. 94. §. 3. *h. t.* Auch dieser Mangel wirkt zwar im Allgemeinen nicht je nach den einzelnen Klassen der vorher im Text rangirten Forderungen, sondern absolut, so dass also die einfache klagbare der nichtklagbaren im Rang sonst bevorzugten vorgeht, allein zwei Klassen der letzteren als nicht klagbare gedacht, die *sub poena* und die, für welche Pfänder oder Bürgen bestellt worden, müssen offenbar darum eine Ausnahme machen, weil der Mangel der Klage aus den Hauptforderungen bedeutungslos ist, und durch andere Rechtsmittel so vollständig ersetzt wird, dass ebenso gut, wie bei klagbaren, die *caussa* als *gravior* betrachtet werden muss. Allerdings ist dabei die Summe der Konventionalstrafe, vorausgesetzt, dass ihre Verknüpfung mit einer naturalen Hauptschuld für den konkreten Fall überhaupt gültig und denkbar, und auch nicht etwa darin eine wiederholte (also klagbare) Anerkennung der letzteren als geschehen erscheint, als so gross zu denken, dass der Schuldner es nicht vorziehen müsste, lieber die Strafe zu erlegen und die Schuld ungetilgt zu lassen. Hierüber wird das Weitere dem richterlichen Ermessen im Einzelfall zu bestimmen anheimzugeben sein. Litiskrescenzfälle sind jedoch bei naturalen Forderungen gar nicht denkbar. S. übrigens noch Anm. [18].

[27] In sofern hier stets ein Zusammentreffen mehrerer gleichartigen Forderungen vorausgesetzt ist, versteht sich von selbst, dass für die bei Anm. [19] u. [20] gedachten ebenfalls mehrere gleichzeitig fällige oder gleich alte als konkurrirend zu denken sind; ist das nicht der Fall, so überwiegen die dortigen Regeln die obige von den höheren Zinsen, d. h. die früher fällige oder ältere geringer verzinsliche geht der später fälligen oder jüngeren höher verzinslichen vor. Von der Bestimmung rücksichtlich der ersteren wird das keinem Bedenken unterliegen; eher könnte ein solches darüber aufgestellt werden, dass die durch die höhere Zinslast entstehende *gravior caussa* doch wohl vor dem blossen Alter den Vortritt haben müsse. Allein da in fr. 97. *h. t.* dieses Grunds gar nicht gedacht, sondern unter den dort aufgezählten die *antiquior caussa* den Beschluss macht, dieser also nach den übrigen ein absoluter Rang beigelegt ist, so kann ich dem höheren Zinsfuss nur einen relativen Einfluss, nämlich unter gleich rangirenden Forderungen einräumen. Mit der entgegengesetzten Annahme geräth man in ein Labyrinth nicht

ziehen [28], und bei schuldigem Kapital und Zinsen davon die Zahlung zuerst auf die letzteren als geschehen zu betrachten [29]. In dem besonderen Fall, dass sich der Gläubiger aus dem Erlös eines verkauften Pfands selbst Befriedigung verschafft, muss er diese auf jede der mehreren Pfandforderungen verhältnissmässig abrechnen, wenn die Verpfändung gleichzeitig, wenn nach einander, zuerst auf die, für welche die erste Verpfändung geschah [30], die Zinsen aber gehen dem Kapital vor [31]; werden theils klagbare, theils nichtklagbare Zinsen geschuldet, so muss auf beide gleichmässige, nicht verhältnissmässige Abrechnung geschehen [32], und wenn Forderungen

anders zu lösender Fragen, als dass man die ganze in fr. 97. *d.* angeordnete Rangfolge umstossen müsste; denn soll etwa eine höhere verzinsliche einfache Forderung einer geringer oder gar nicht verzinslichen, aber *sub poena* geschuldeten, vorgehen? S. überhaupt noch folgende Anm.

[28] Dieser Satz fusst nur auf einem *arg. e contrario* des fr. 89. §. 2. *h. t.*, wonach dem höher verzinslichen Kapital der Vorrang darum versagt ist, weil das andere zuerst fällig geworden sei, worin also ein Grund gesetzt wird, bei dessen Abhandensein, d. h. bei gleichzeitig fälligen, der Vorrang sich geltend machen würde; dieser Schluss ist dadurch gerechtfertigt, weil ohnedies die Erwähnung der respektiven höheren und niederen Zinsen völlig überflüssig und gleichgültig wäre. Ganz unleugbar ist hierin eine Anwendung des Princips von der *gravior caussa* enthalten, allein man kann sie nur für eine relative halten, vgl. vor. Anm., d. h. unter gleichartigen Forderungen für wirksam, wie sie denn auch nur in Zusammenhang mit solchen in der cit. Stelle erwähnt wird. Es entsteht nun hierbei die Frage, ob nicht überhaupt die verzinslichen Schulden gleichergestalt den unverzinslichen vorgezogen werden müssen? Es wurde schon oben in Anm. [15] bemerkt, dass Fritz u. Buchholtz diese sogar denen *sub poena* gleichsetzen. Das ist freilich irrig; allein auch jene Frage ist nicht blos, wie schon Unterholzner a. a. O. S. 464. m) bemerkt, darum zu verneinen, weil man verzinslicher Schulden wegen weniger als wegen unverzinslicher gedrängt zu werden pflege, wozu man noch fügen kann, dass auch überhaupt die Verzinsung von Geldschulden etwas so Gewöhnliches ist, und man jene zu diesen als so sehr gehörig zu betrachten pflegt, dass sie weniger eine Last als eine Möglichkeit der letzteren geworden sind, sondern man kann überhaupt nur diejenigen bestimmten Formen der *gravior caussa* als solche anerkennen, welche in den Quellen ausdrücklich angeführt werden, und nicht schlechthin andere nicht erwähnte Gestaltungen derselben dazu rechnen. Nun sind zwar, wie gedacht, höhere im Vergleich zu niedrigen Zinsen dafür erachtet, nicht aber Zinsen überhaupt. Unterholzner a. a. O.[1] scheint sogar auch das erstere zu leugnen, allein hier halte ich doch den obgedachten Schluss für ganz sicher.

[29] Fr. 5. §. 2. (*Quod generaliter etc.*) 3. fr. 48. *h. t.* c. 1. *eod.*, auch dieser Satz ist nicht absolut zu verstehen, so dass immer auf Zinsen aller Art von verschiedenen Forderungen abzurechnen wäre, sondern die letzteren rangiren nach den voranstehenden Regeln, und wenn neben ihnen Zinsen geschuldet werden, so gehen diese dem respektiven Kapital vor. Daher halte ich es für mindestens sehr irreleitend, wenn in dieser ganzen Lehre wohl der Satz an die Spitze aller Regeln gestellt wird, zunächst werde auf die verfallenen Zinsen abgerechnet (s. z. B. Unterholzner a. a. O. S. 463. g). In Zusammenhang hiermit wird übrigens in fr. 5. ult. *h. t.* die Erklärung oder Quittung des Gläubigers, dass er eine Abschlagszahlung auf das schuldige „Kapital und Zinsen" annehme und als empfangen bekenne, dahin bestimmt, dass immer zuerst auf die Zinsen abgerechnet werden solle. Nimmt man an, dass der Schuldner eine solche Erklärung bei der Zahlung mache, so würde dieselbe Auslegung anzunehmen sein, die Annahme des Ueberschusses auf das Kapital als Theilzahlung aber vom Gläubiger abhängen. Vergl. Anm. [12]. In dem cit. fr. 5. §. 2. *d.* ist noch besonders hervorgehoben, dass die darin enthaltene Vorschrift nur auf klagbare Zinsen Bezug habe, das hängt mit dem Satz bei Anm. [26] zusammen. Werden gar keine geschuldet, es wird aber als Zinsen etwas gezahlt, so wird das auf das Kapital gerechnet.

[30] Fr. 96. §. *h. t.* vgl. Anm. [33]. Wohl nur aus Irrthum nennen Manche (wie Wening und Buchholtz S. 348.) die „ältere Schuld"; *prius debitum* ist ganz klar das, wofür die erste Verpfändung geschah, und welches also der Zeit nach jünger kontrahirt sein kann.

[31] Fr. 35. *de P. A.* fr. 5. §. 2. fr. 48. *h. t.*

[32] fr. 5. §. 2. *d.* Von besonderem praktischen

von beiden Arten bestehen, so kann der Gläubiger beliebig auf eine oder beide abrechnen [33].

2. Um der Handlung der Zahlung die Wirkung der Auflösung der Obligation zu sichern, müssen eine Anzahl von subjektiven und objektiven Erfordernissen für die erstere zusammentreffen, welche sich namentlich dann noch erweitern, wenn, wie bei vielen Obligationen, der Inhalt der Zahlung oder Leistung in einer Veräusserung besteht. Was nun hier:

1) die Person des Zahlenden anlangt, so muss dieser vor allen Dingen wirklich die Absicht haben, die fragliche Obligation tilgen zu wollen, indem sonst die Handlung desselben mit dem Inhalt dieser ausser Berührung bliebe [34]. Die Zahlung wird in der Regel vom Schuldner selbst geschehen, indessen ist das nicht immer nothwendig [35], sondern ausser dem Fall besonderer Beabredung nur dann, wenn die Natur und der Inhalt der Leistung die persönliche Thätigkeit desselben erfordert, z. B. wenn sie besondere Kenntnisse und Fähigkeiten voraussetzt, und dabei gerade auf die des Schuldners gerechnet war [36]. Durch Andere kann die Zahlung aber auf doppelte Weise vermittelt werden, einmal, durch Stellvertreter, wobei das Weitere sich ganz nach der Lehre von den Handlungen dieser regelt, s. §. 17. B. b. 3., sodann durch jeden unbeauftragten Dritten. Hierzu ist weder eine Genehmigung des Schuldners, noch selbst sein Wille oder seine Wissenschaft erforderlich [37], sondern

Werth ist diese Möglichkeit freilich nicht, indem das Hauptbeispiel der Stelle von *stipulatio* und *pactum* antiquirt ist.

[33] Fr. 101. §. 1. *h. t.* Es fragt sich, wie diese Stelle, welche dem Gläubiger unbeschränkte Wahl gestattet, sich zu fr. 96. §. 3. *h. t.* (s. den Text bei Anm. [30]) verhalte? Allerdings spricht das letztere von den mehreren Forderungen ohne Unterschied, ob sie klagbar oder nicht klagbar seien, indessen ist bei solcher Unbestimmtheit natürlich das erstere von allen anzunehmen, daher denn also fr. 101. §. 1. *d.* etwas Besonderes enthält; dieses rechtfertigt sich auch aus dem Mangel der Klage für die Hauptforderung vollkommen, indem diese durch das Pfandrecht ersetzt wird. Wenn hier wie dort mit der Annahme der Zahlung verfahren werden sollte, so würde es leicht auf den Erfolg hinaus kommen, dass der Gläubiger trotz seines Pfandrechts für das *naturale debitum* zum Theil oder ganz leer ausginge. Dass übrigens der Gläubiger seine desfallsige Erklärung zu einer bestimmten Zeit gegeben haben müsse, ist nirgends gesagt.

[34] Fr. 55. *h. t.*

[35] Fr. 23. 40. 53. *h. t.* s. folg. Anm.

[36] Fr. 31. *h. t.* vergl. schon §. 90. z. A. Die Leistung durch einen Anderen soll hier nach der cit. Stelle den Schuldner nicht befreien; es wird daher auch auf die Qualität der gelieferten Arbeit oder Leistung, z. B. wenn sie so gut ausgefallen ist, wie der Schuldner selbst sie nur würde haben ausführen können, nichts ankommen. Indessen sind doch dabei folgende Punkte noch näher zu berücksichtigen. Vor Allem braucht der Gläubiger die Leistung von keinem Anderen anzunehmen; thut er das, so ändert sich das ganze Verhältniss. Nun ist es aber auch möglich, dass der Gläubiger dabei keinen Einfluss äussern kann; z. B. er müsste dem Schuldner eine Sache zu dem Endzweck der Leistung einhändigen, und dieser lässt sie durch einen Anderen besorgen. Auch hier ist der Fall noch so; der Gläubiger kann deshalb zu keiner Gegenleistung als schuldig angehalten werden, während er natürlich seine Sache zurückfordern kann. Dagegen aber ist es nicht unmöglich, dass, wenn die Leistung gleich gut ausgefallen, das Interesse an der Leistung von Seiten des Schuldners in eigener Person für den Gläubiger erlischt; oder doch der Werth der ersteren bei Forderung des Interesses in Abzug gebracht werden muss.

[37] Pr. *I. Quib. mod. obl. toll.* (*sive sciente debitore, sive ignorante vel invito*) fr. 23. 40. 53. *h. t.* fr. 39. *de Negot. gest.* Die beiden letzten Stellen gründen dies darauf, *quum sit jure civ. constitutum, licere etiam ignorantis invitique meliorem conditionem facere.* Dagegen ist nach m. E. (anderwärts finde ich diese Fragen nicht berührt,) allerdings der Gläubiger nicht schlechthin genöthigt, die Zahlung anzunehmen, und z. B. den Schuldschein zurückzugeben u. s. w., und er wird also auch nicht schlechthin durch

einfach, dass der Dritte die Absicht habe, die Schuld eines Anderen zu tilgen[38]; allerdings aber ist wenigstens der Umstand, dass es nicht gegen den ausgesprochenen Willen des Schuldners geschehen sei, darauf von Einfluss, um ein Rechtsverhältniss mit dem Schuldner herzustellen, woraus der Dritte diesen auf Entschädigung in Anspruch nehmen kann; während nämlich, wenn es der Schuldner nicht ausdrücklich verboten, auch wenn kein Auftrag ertheilt war, in dem Zahlen für einen Anderen eine Geschäftsbesorgung anerkannt wird, welche diesen zum Ersatz verpflichtet, handelt in dem entgegengesetzten Fall der Dritte auf eigene Gefahr, ohne einen Anspruch der Art erheben zu können[39]. Vorausgesetzt ist natürlich auch, dass die Zahlung überhaupt im Interesse des Schuldners sei; hat er kein solches daran, z. B. es stände der bezahlten Forderung eine triftige Einrede entgegen, so kann der zahlende Dritte ebenso wenig Ersatz fordern[40].

Möglich ist unter Umständen, dass sich der Gläubiger selbst bezahlt macht, so, wenn er zum Verkauf des für die Forderung bestellten Pfands, oder zu dem einer ihm, um sich daraus zu befriedigen, eingehändigten Sache schreitet, oder wenn er mit dem Schuldner in einem Abrechnungsverhältniss steht und Einnahmen für ihn gemacht hat. Dieser Fall hat nichts Besonderes weiter, als dass der Gläubiger seine Handlungsweise diesen Verhältnissen gemäs einrichte.

Wenn endlich die Leistung eine Veräusserung in sich begreift, so muss Der, welcher sie gewährt, veräusserungsfähig sein[41].

2) Ist der Inhalt der Leistung eine Veräusserung (im weiteren Sinn s. §. 25. B. 2.), so muss der Zahlende im Stande sein, dem Gläubiger die fragliche Sache oder Befugniss dergestalt zu verschaffen, dass er zu derselben wirklich in dasjenige Verhältniss trete, welches er ihm der Obligation gemäs zu gewähren hat; er muss m. a. W., wenn es die Uebertragung oder Bestellung eines Sachenrechts gilt, dieses selbst, beziehungsweise dasjenige haben, kraft dessen die erstere oder die letztere unwiderruflich möglich ist, s. §. 38. z. A. (s. auch das. Anm. [4]), und wenn die Uebertragung einer Forderung, so muss er rücksichtlich derselben wirklich Gläubiger sein. Doch ist hierbei zu bemerken, dass, wenn ein diesen Regeln entgegenstehendes Hinderniss wenigstens noch nach der Zahlung beseitigt und das nöthige Erforderniss hergestellt wird, die Zahlung als vollkommen wirksam erscheint[42]. Ferner, wenn der geleistete Gegenstand dem Verbrauch unterliegt, wohin auch

ein Angebot der Art in Verzug gesetzt, sondern er kann vor allen Dingen eine Garantie dafür fordern, dass ihm unter solchen Umständen gezahlt werde, dass er darauf sicher rechnen könne, den Gegenstand behalten zu können; ferner muss er eine bestimmte Erklärung fordern dürfen, ob der Dritte in Auftrag oder als *negotior. gestor* zahle, oder nicht, und wenn diese versagt wird, die Annahme ablehnen dürfen. Auch kann der Schuldner in einem solchen Fall sich später nicht auf ein Angebot der Art wider den Gläubiger zu seinem Schutz berufen, sondern nur dann, wenn der Dritte die Eigenschaft eines Vertreters angenommen und dem Gläubiger erklärt hat.

[38] Fr. 31. pr. fr. 17. *h. t.* fr. 65. §. ult. *de Cond. indeb.* Es ist hier der Fall möglich, dass Jemand irrthümlich eine fremde Schuld als eigene abträgt, den Irrthum erkennend, aber die Zahlung als auf erstere geschehen erklärt, und auf Ersatz Anspruch erhebt, also gewissermassen seine eigene Handlung genehmigt, s. fr. 49. *de Negot. gest.*

[39] S. 1) fr. 43. *de Negot. gest.* 2) fr. 8. §. 3. *eod.*

[40] Fr. 43. *d.* Möglich ist übrigens dann ein Streit zwischen beiden über die Relevanz der Einrede.

[41] Diese Fähigkeit hat jeder vollkommen Handlungsfähige, s. §. 17. B. Ausnahmen treffen mit beschränkter Handlungsfähigkeit überein, s. das. bei und in Anm. [27] und das. Nr. 3) S. 143. vgl. auch §. 38. Anm. [3].

[42] Fr. 60. 61. 98. pr. *h. t.*

namentlich Geld durch Ausgeben gehört[43], und jener in gutem Glauben auf Seiten des Gläubigers geschehen, oder wenn das gezahlte Geld mit dem dem Gläubiger bereits gehörigen so vermengt worden, dass es nicht wieder herauszufinden ist, so tritt der nämliche Erfolg ein[44].

3) Die Zahlung muss an die rechte Person geschehen. Das ist vor allen natürlich der Gläubiger selbst[45]; auch er aber muss, da in der Annahme der Zahlung ein Aufgeben der Forderung enthalten ist, die volle Handlungsfähigkeit besitzen, widrigen Falls ist es möglich, dass die Zahlung nicht ihren Zweck erreicht (s. Bd. I. S. 140.). Ueber die Zahlung an einen von mehreren Solidargläubigern s. §. 89. II. C. z. A. und S. 147. Hiernächst kann a) die Zahlung an Den geschehen, wer zu deren Annahme als Stellvertreter des Gläubigers befugt ist. Dahin gehört 1) der Bevollmächtigte, und zwar muss er entweder einen besonderen Auftrag dazu, oder einen allgemeinen zur Verwaltung des gesammten Vermögens des Gläubigers erhalten haben[46]; spätere Genehmigung der Zahlung an einen Nichtbeauftragten vertritt die Vollmacht[47]. 2) Der Vormund oder Kurator[48]. b) Gültige

[43] Fr. 14. §. ult. fr. 17. *h. t.* fr. 19. §. 1. *de R. C.* (*bona fide*) alle diese Stellen erwähnen zwar nur des Gelds, es kann aber keinem Zweifel unterliegen, dass andere ebenfalls durch Ausgaben, oder Verzehren oder wie sonst verbrauchbare Gegenstände gleich zu beurtheilen sind. Andererseits ist freilich nicht nothwendig, dass dieser Erfolg eintrete, sondern, wenn die Identität sich noch in dritter Hand beweisen lässt, so kann der Eigenthümer auch die *nummos* vindiziren, und dann ist auch keine Zahlung geschehen, indem nun der Empfänger wider den Gläubiger seinen Regress nehmen wird.

[44] Fr. 78. *h. t.* Es wird keinem Bedenken unterliegen, dass von anderen *rebus fungibil.* dasselbe anzunehmen sei. Uebrigens mögte mit der Bevorwortung: *ut discerni non possent*, hier doch nicht immer auszukommen sein. Wenn Jemand 1000 preussische Thaler im Kasten hat und 20 (wir wollen auch hinzunehmen, alle von gleichem Gepräge) dazu bekommt, so ist es freilich richtig: *ut discerni n. p.*; hat er aber nur 20 und bekommt 1000 dazu, so müssen offenbar, auch wenn jene 20 nicht gerade mehr bestimmt herauszufinden sind, die 1000 vindizirt werden können. Es muss also nothwendig hier dem richterlichen Ermessen mit Berücksichtigung der Umstände Raum gelassen werden.

[45] Fr. 39. *de Negot. gest.* c. 12. *de Solut.*

[46] Fr. 12. pr. 86. *h. t.* fr. 6. §. 2. *de Cond. indeb.* fr. 11. §. 5. *de P. A.* fr. 34. §. 4. *h. t.* c. 19. *eod.* (vergl. §. 113. Anm. [27] in der Mitte). Nach der zweiten Stelle kann der nur zur Führung des Prozesses Beauftragte nicht gültig Zahlung annehmen. Wer eine andere quittirte Rechnung überbringt, muss dagegen, wenn er übrigens auch nur als Bote auftritt, zur Empfangnahme als legitimirt angesehen werden. Der Auftrag dauert natürlich so lange, als er nicht zurückgenommen ist, oder sonst erlischt, fr. 108. *h. t.*, wenn jedoch dem Schuldner der Auftrag, nicht aber seine Zurücknahme bekannt geworden ist, so kann er so lange noch gültig zahlen, fr. 12. §. 2. fr. 34. §. 3. fr. 51. *h. t.* Nach gleichen Grundsätzen wird die Möglichkeit der Zahlung an den *fil.fam.* rücksichtlich eines *peculii* beurtheilt, s. fr. 18. 32. 35. *h. t.* fr. 26. §. 8. *de Cond. ind.* c. 3. *h. t.*

[47] Fr. 12. §. 4. fr. 49. *h. t.* c. 12. *eod.*

[48] Fr. 49. 14. §. 7. *h. t.* c. 1. *Si advers. solut.* Wenn c. 25. *de Administr. tut.* vergl. mit §. 2. *I. Quib. alienare*, für Zahlungen *ex foeneraticia cautione vel aliis simil. causs.* ein richterliches Dekret erfordert, so ist das nach der zweiten Stelle nur unter Bezug darauf zu verstehen, dass, wenn der Mündel das Geld *male consumserit vel furto vel vi amiserit*, nicht aber *si salvam habeat vel ex ea pecunia locupletior factus sit*, es nochmals soll gefordert werden können, wovon bei heutiger Art der Vormundschaftsverwaltung nicht viel zu fürchten ist. In der Praxis hat man diese Vorschrift meist ganz zu beseitigen versucht, s. darüber die bei Hepp in Elvers jurist. Zeit. III. Jahrg. S. 251 ff. Gen. und diesen selbst über die mangelhafte Fassung der beiden justin. Stellen. In der Hauptsache ist er mit dem diesseitigen Resultat einverstanden, und setzt einen praktischen Nutzen der Konst. darin, dass dadurch die Kontrole des Vormunds von Seiten des Gerichts als Obervormundschaftsbehörde erleichtert werde. Wegen anderer Einzelheiten in der Person der

Zahlung erfolgt ferner an Denjenigen, an welchen sie zu leisten der Gläubiger gestattet oder Anweisung gegeben hat[49], ingleichen c) an den Cessionar, und d) an das Gericht, oder die von diesem bestimmte Person, wenn dasselbe dem Schuldner die Zahlung an den Gläubiger in den dazu nach dem heutigen Konkurs- und Exekutionsverfahren geeigneten Fällen verboten und sie auf jene Weise zu leisten vorgeschrieben hat[50]. e) Die Zahlung kann ferner an diejenige dritte Person ge-

Vormünder zur Annahme von Zahlungen s. das Vormundsch.-R. S. noch Anm. [76].

[49] Fr. 49. *h. t.* Von dem Widerruf einer ertheilten Anweisung gilt dasselbe wie beim Auftrag, vergl. Anm. [46] und s. fr. 106. *h. t.* Vergl. noch Anm. [75] und §. 113. Anm. [72]. S. noch Zus. zu Anm. [51].

[50] So wenig der Richter, ausser im Weg der Adjudikation, Jemandem sein Eigenthum entziehen kann, kann er im Allgemeinen einem Schuldner die Zahlung an seinen Gläubiger verbieten und ihm eine bestimmte Anweisung darüber geben, an wen er zahlen solle. Dagegen aber bestehen 1) die bekannten Vorschriften für die Exekution an Aktivforderungen eines ausgeklagten Schuldners, dass nämlich der Richter nach Befinden der Umstände solche, wenn sie unbestritten sind, unmittelbar selbst einzuziehen, oder zu verkaufen befugt sei, fr. 15. §. 10. *de Re jud.* c. 2. 3. *Quando fiscus*, dass ferner der Gläubiger bestrittene mit einer *utilis a.* einklagen könne, c. 4. *Quae res pign.* c. 4. *Quando fiscus.* Die heutige Praxis pflegt dem Schuldner die Zahlung an seinen Gläubiger zu verbieten, bei Strafe nochmaliger Zahlung, und Einzahlung ad Depositum judiciale aufzugeben, oder dem Gläubiger des ausgeklagten Schuldners (Gläubigers) die Beitreibung aufzugeben, wie jedes Prozesslehrb. ergiebt. 2) Im heutigen Konkurs werdie Aktivforderungen mit einer gleichen Verwarnung und Eröffnung an die Schuldner in Beschlag genommen, indem hier die Aktivmasse ebenfalls als gemeinschaftliches Exekutionsobjekt an die Gesammtheit der Gläubiger übergeht, vergl. Bayer Konkursprozess §. 30. z. A. und §. 47. a. E. 3) Ebenso ist es mit dem Zahlungsverbot beim Arrest auf Forderungen, s. Bayer summar. Proz. §. 21. 23. 30. III., nur dass dabei keine Anweisung zur Zahlung eintritt, s. *Kind Quaest.* T. III. c. 89. — Dass ein Schuldner, an welchen ein Befehl dieser Arten erlassen ist, demselben widersprechen und auf richterliches Gehör, resp. oberrichterliche Entscheidung darüber antragen könne, kann keinem Zweifel unterliegen, so wenig, wie, dass, wenn er ihm entgegenhandelt und Unrecht erhält, ihn die Gefahr treffe. Dass er ferner, der erhaltenen richterlichen Auflage gemäs zahlend, von der Forderung seines Gläubigers befreit werde, ist eine nothwendige Folge; vergl. Elvers jurist. Zeit. I. Jahrg. S. 147., ebenso die, dass er unter solchen Umständen, wenn ihn dieser verklagt, eine wohlbegründete zerstörliche, und beim blossen Arrest eine verzögerliche, Einrede gegen ihn daher entnehmen könne. — Eine Ausdehnung dieser zwar erst durch die Praxis, aber mit vollständig genügender positiver Grundlage versehenen, Bestimmungen kann nicht geschehen, ohne gegen die z. A. der Anm. gedachte allgemeine Wahrheit zu verstossen; analoge Fälle (s. z. B. den in d. jurist. Zeit. a. a. O.) müssen ohnehin alle in den drei erwähnten Gebieten mit einbegriffen sein. Nun ist aber in fr. 7. §. 2. *de Minor.* gesagt, „um die Schuldner Minderjähriger zu sichern, sollen sie nur dann zum Zahlen angehalten werden, wenn jene ihre Kuratoren zuziehen, und dann heisst es weiter: wenn der Prätor jedoch dem zuwider und ohne Rücksicht auf den Einwand, dass der Gläubiger noch minorenn sei, Zahlung auflege und der Schuldner zahle, so treffe ihn allerdings kein Vorwurf, indessen liege es ebenfalls nahe, (*nisi forte — quis putet*,) gegen einen solchen widerrechtlichen Befehl zu appelliren; doch dürfe freilich auch in einem solchen Fall die Restitution nicht ertheilt werden.“ Hierauf gründet Unterholzner a. a. O. S. 467. 4. einen ähnlichen Satz wie den im Text, aber ohne Beschränkung. Ich halte das Beispiel dieser Stelle zuerst für unpraktisch, indem es einen Fall voraussetzt, der nach heut. Recht nicht mehr vorkommen soll, nämlich dass Minderjährige ohne Vormund oder Kurator ihre Geschäfte besorgen, und zwar unter Umständen, die man getrost als nicht mehr möglich wird bezeichnen dürfen, nämlich, dass ein Gericht wissentlich die Zahlung an einen Minderjährigen ohne Zutritt seines Kurators auflege. Im äussersten Fall den Versuch der Möglichkeit vorausgesetzt, so wird Hülfe beim Oberrichter nicht fehlen; angenommen endlich, dass diese nicht gesucht wird, so stände allerdings

schehen, an welche sie nach dem Vertrag alternativ neben dem Gläubiger geschehen soll, und in diesem Sinn ist auch eine alternativ auf einen Dritten als Gläubiger bezogene Obligation, welche für diesen nicht entstehen kann, aufzufassen[51]. Diese

der Anwendbarkeit des Ausschlusses der Restitution nichts entgegen. Den praktischen Werth der Stelle aber auch dahingestellt, so kann ich nicht zugeben, dass hiernach andere Fälle ähnlicher richterlicher Auflagen analog zu beurtheilen seien. Denn der in jener enthaltene ist ganz singulär, und es ist doch wenigstens die Person des Gläubigers die richtige, und nur von einem Dispositionsmangel die Rede. Ich weiss auch in der That mir keine zu denken, ohne der Willkühr freien Raum zu geben. — Die u. A. von Struben rechtl. Bed. Bd. IV. S. 467. aufgeworfene Frage, ob die vermöge eines ungerechten richterlichen Erkenntnisses an einen Dritten geschehene Zahlung dem Schuldner wider seinen wahren Gläubiger Sicherheit gewähre, ist natürlich zu verneinen. Ebenso die Frage, ob er befreit werde, wenn ihn ein Nichtgläubiger zur Zahlung gezwungen hat, welche neuerlich mit staatsrechtlicher Beimischung in Folge der Kriegseroberung von Pfeiffer d. R. d. Kriegserob. u. s. w. Hann. 1823. beantwortet worden.

[51] In den Quellen kommen Beispiele der ersten Art selten vor, wohl nur in fr. 9. pr. *h. t.* (*mihi aut Sticho servo Sempronii solvi*, vgl. noch fr. 106. *eod.*) Häufig aber solche der zweiten, (*mihi aut Titio dare spondes?*) denen dann diese Interpretation zuerkannt wird, (§. 4. *I. de Inutil. stipul.*) indem die Absicht, den Dritten alternativ zum Gläubiger zu machen, unausführbar ist, unter den Kontrahenten aber ein Vertrag zu Gunsten Dritter dann gültig ist, wenn dessen Erfüllung für jene selbst ein Interesse hat, s. §. 102. bei Anm. 3 ff. S. fr. 56. §. 2. fr. 141. §. 3. *de V. O.* fr. 16. pr. 23. *de Fidejuss.* fr. 95. §. 5. fr. 98. §. 5. *h. t.* — *solutionis caussa adjicitur persona*, daher der Dritte dann *sol. caussa adjectus* genannt wird. (Nach einigen Stellen, z. B. fr. 141. §. 6. *de V. O.* und den zuletzt gen., wird zwar auch die Interpretation als möglich angenommen, wie wenn es hiesse: *si Titio non ded. mihi etc.*, aber nur wenn diese bestimmte Absicht ausgesprochen ist, was daher mit der Bemerkung, dass der Anwendbarkeit dieses Satzes, wodurch dann freilich ganz andere Grundsätze, nämlich die von Bedingungen, Platz ergreifen, kein Bedenken entgegensteht, hier bei Seite gesetzt werden kann.) Vergl. vorzüglich Brandis im Rhein. Mus. Bd. 5. Nr. XI. §. 1—4. Das Wesentlichste ist die im Text natürlich vorausgesetzte Gültigkeit der Obl. selbst dadurch, dass sie in der Person des wirklichen Kontrahenten besteht, der allein die Forderung erwirbt, und neben welchem nur der Dritte, (unbedenklich kann auch eine Mehrzahl gedacht werden, s. dens. S. 273.) als ein solcher vorhanden ist, an welchen die Zahlung, wenn es der Schuldner vorzieht, geschehen kann. Daher ist denn namentlich der Fall mit dem hier besprochenen nicht zu verwechseln, wenn der Kontrahent zwei Personen alternativ und sich selbst gar nicht namhaft gemacht hätte, und er vermöge besonderer Verhältnisse für keine von jenen die Forderung erwerben kann, denn dann besteht gar keine Obl.; ebenso nicht der, wenn er umgekehrt vermöge eines solchen Verhältnisses für jeden von beiden allein erwerben könnte, auch hier ist die Obl. wegen Unbestimmtheit der Person des Gläubigers ungültig. Nur wenn der *paterfam.* für sich und seinen *fil. famil.* solchergestalt versprechen lässt, wird dieser als *sol. caussa adject.* betrachtet; hat sich der Kontrahent selbst als Gläubiger aufgeführt, so ist für ihn allein die Obl. immer gültig. Vergl. hierüber dens. §. 6 ff. und Fritz Erl. S. 386. und namentlich bei diesen noch mehrere Modifikationen solcher Verbindungen, welche sich hier nur in ihren praktischsten Hauptgestaltungen verfolgen lassen. Zu bemerken ist übrigens noch, dass eine solche Verabredung sowohl bei der ursprünglichen Kontrahirung der Obl. geschehen kann, als hinterher, was dann also ein Constitutum voraussetzt, aber mit jener in der Wirkung zusammengezogen wird, s. fr. 30. *de Pecun. const.* und Brandis S. 274. Sie muss sich bestimmt und direkt in einer der beiden Eingangs gedachten Formen äussern, und es kann nicht etwa daraus etwas Aehnliches gefolgert werden, wenn eine aktive Korr.-Obl. kontrahirt werden sollte, die aber nur für den einen Gläubiger gültig wird, fr. 128. *de V. O.* Die Gründe zu Obl. dieser Art können sehr mannigfaltig sein; sie selbst sind im Verkehr unentbehrlich. — In Vergleich zu dem oben unter e) gestellten Fall könnte hier die Frage entstehen — etwa in Erinnerung an fr. 106. *h. t.* — ob nicht auch der in Betracht zu ziehen sei, wenn die Zahlung schlechthin an den Dritten ausgemacht worden? In sofern

Hereinziehung eines Dritten hat eine mannigfaltige eigenthümliche Ausbildung erfahren [52]. Vorerst ist es nicht erforderlich, dass dieser Dritte für seine Person fähig sei, eine Zahlung mit dem vollen rechtlichen Erfolg anzunehmen, dass, wenn ihm die Forderung zustände, diese dadurch erlöschen würde, ebenso wenig sogar, dass der Unfähige dabei von einem Vormund oder Kurator vertreten werde [53]; sondern von dieser Seite her ist es, um durch die Zahlung die Aufhebung der Forderung herbeizuführen, nicht anders, als mit der zur Erfüllung einer Bedingung erforderlichen Handlung, wodurch eine blosse Thatsache hergestellt, und keine Zuwendung eines andererseits wirklich zu erwerbenden Rechts an dem Gegenstand der Leistung geschehen soll [54]. Es kann, ferner, die Alternative in Bezug auf den Dritten auch einen anderen Gegenstand der Leistung an diesen umfassen, wenn freilich zwar hierdurch die Forderung an den Gläubiger nicht von selbst erlischt, sondern ihr nur eine Exception entgegentritt [55]. Ist aber derselbe gemeint, so muss er auch nicht etwa dadurch, dass er einem Anderen als dem Gläubiger geleistet werden soll, zu einem anderen werden, wie z. B. bei persönlichen Dienstleistungen, sondern er muss auch für jenen gerade dasselbe sein, was er nur für diesen sein könnte [56]. Dagegen steht nichts im Weg, die Summe der alternativen Leistungen verschieden zu bestim-

aber, soll die Obligation überhaupt zu Stande kommen, und auch nicht etwa in ein ganz anderes Geschäft, an dem sich der Dritte mitkontrahirend betheiligt, übergehen, hier stets der Gläubiger die Klage haben und behalten muss, ist es unmöglich, die Zahlung an ihn auszuschliessen, es ist m. a. W. stets nur die Alternative des Falls unter e) möglich, und auch nur von einer solchen ist natürlich fr. 106. *d.* zu verstehen. Dieser aber ist von denen unter c) darin verschieden, dass dort eine Zahlung *permissu meo*, oder in Folge der Anweisung gemeint ist, hier eine solche, die *jure stipulationis* Statt findet. Daher ist denn zwar regelmässig die Möglichkeit der Zahlung an den Dritten als ein Recht des Schuldners aufzufassen, (s. nachher bei Anm. 63) neben dem aber nicht nur die Möglichkeit, dem Gläubiger unmittelbar zu zahlen schon darum fortbesteht, weil auch *dum adjecto solvitur, mihi solvi videtur* (fr. 59. *h. t.*), sondern wobei auch dem Gläubiger, wie schon gesagt, allein die Klage zuständig bleibt, mit deren Erhebung, wenn es der Schuldner dazu kommen lässt, sein Recht, dem Dritten zu zahlen, ohnehin erlischt, s. Anm. 71. Umgekehrt kann allerdings auch die Zahlung an den Dritten im Interesse des Gläubigers ausgemacht, also dies zu einer Verpflichtung des Schuldners werden, die Forderung des ersteren ist aber dann nicht blos auf die Zahlung an den Dritten beschränkt und zu richten, sondern auch auf die an ihn selbst möglich mit der Ausdehnung auf *id quod interest*, *Titio potius quam mihi solvi*, fr. 118. §. 2. *de V. O.* Wenn daher in einer Schuldverschreibung die Zahlung oder Rückzahlung schlechthin an einen Dritten bestimmt ist, so ist dennoch stets alternativ die Möglichkeit der Zahlung an den Gläubiger stillschweigend inbegriffen.

[52] Dies ist bei der grossen Zahl der möglichen einzelnen Gestaltungen und Fragen für diesen Fall unvermeidlich. Alle in's Einzelne zu verfolgen, ist unmöglich; indessen ist, um sie zu beantworten, nur immer die Konsequenz daraus festzuhalten, dass der Gläubigar allein die Forderung hat, und dass, um diese aufzulösen, die Leistung an einen Dritten geschehen darf, diese aber, um sie als solche erscheinen zu lassen, in der Obl. selbst wurzeln muss.

[53] Fr. 11. 95. §. 7. *h. t.* vergl. Brandis S. 276 f., ja es befreit nach der zweiten Stelle sogar die Zahlung an die letzteren nicht schlechthin; s. dens. S. 303.

[54] M. a. W. also ein *facere* im Gegensatz zum *dare*, vergl. fr. 68. *h. t.* und s. Brandis S. 304.

[55] Fr. 34. §. 2. fr. 98. §. 5. *h. t.* in beiden Stellen kommt zwar *liberare* vor, allein es ist doch nur von *exceptio* zu verstehen, s. fr. 141. §. 5. *h. t.* vergl. Brandis S. 281.

[56] Fr. 10. §. 1. fr. 11. 12. *de Operis libert.* (*operae officiales*), dagegen fr. 23. pr. *eod.* (*op. fabriles*), s. noch Brandis S. 277 ff.; sobald das Gegentheil eintritt, ist die *adjectio personae solut. caussa* nicht möglich, allerdings aber wird dies immer zu den Seltenheiten gehören, da stets solche Forderungen zu denken wären, welche durch den Bezug auf eine bestimmte Person einen besonderen Charakter und somit keinen allgemeinen Werth haben.

men, jedoch mit dem Unterschied: ist die dem Gläubiger selbst zu leistende Summe grösser, so besteht für ihn die Forderung auf den Ueberrest einfach und unberührt durch die Verknüpfung des Dritten zu einem Theil des Ganzen[57]; ist sie kleiner bestimmt worden, so bewendet es dabei unverändert, während die grössere an den Dritten geleistet werden muss, wenn der Schuldner nicht an den Gläubiger selbst zahlen will[58]. Auch können der Zahlung an den Dritten besondere Nebenbestimmungen aller Arten beigefügt werden[59]. — Eine solche Hereinziehung eines Dritten in die Obligation hat nun die Wirkung, dass, wie bei allen alternativen Verträgen, der Schuldner das Recht der Wahl erhält, die Zahlung an diesen oder den Gläubiger zu leisten[60], dessen Ausübung letzterer daher auch nicht verbieten kann[61]; die Bestimmung kann indessen auch im Interesse des Gläubigers geschehen, und somit eine Verpflichtung des Schuldners begreifen, doch muss dies deutlich und besonders ausgedrückt sein[62]. Durch die Zahlung an den Dritten erlischt die Obligation vollständig, wie wenn sie an den Gläubiger geschehen wäre[63]; ausserdem bleibt aber der Dritte mit dem Schuldner ausser jeder rechtlichen Berührung in Bezug auf die Leistung, indem zwischen ihnen keine Obligation besteht[64]. Auch ist die Fähigkeit des Dritten, die Zahlung anzunehmen, streng an seine Person geknüpft[65], und er kann dieselbe auszuüben und die Zahlung anzunehmen nicht genöthigt werden. Sobald er jedoch dieselbe annimmt, tritt er zum Gläubiger rücksichtlich der Herausgabe des Empfangenen in ein Mandatsverhältniss[66], wenn er

57 Fr. 98. §. 5. *h. t.* möglich ist allerdings auch, dass in einem solchen Fall die grössere dem Gläubiger zu zahlende Summe den Charakter einer Konventionalstrafe an sich trägt, nämlich, dafern dem Dritten nicht die geringere gezahlt werde, doch ist dies nicht zu vermuthen. S. Brandis S. 282 ff.

58 Fr. 98. §. 5. in f. *d.*

59 1, Fr. 141. §. 7—9. *de V. O.* fr. 34. §. 2. fr. 98. §. 4. *h. t.* Bedingungen, Brandis S. 284. es hängt dann die Frage, ob der Schuldner gültige Zahlung an den Dritten leisten kann, vom Eintritt der Bedingungen ab; 2, fr. 141. §. 6. *de V. O.* fr. 98. §. 4. *h. t. dies*; dieser hat die eigenthümliche Folge, dass die Zahlung an den Dritten nur an dem bestimmten Tag selbst mit Erfolg geleistet werden kann, der Gläubiger jedoch nicht verhindert ist, den Schuldner schon vorher auf Zahlung in Anspruch zu nehmen. Ders. S. 286. 3, fr. 2. §. 7. *de Eo quod certo l.* fr. 98. §. 6. *h. t.* auch hier muss die Zahlung an dem bestimmten Ort geschehen; übrigens kann der Gläubiger entgegengesetzten Falls doch nur das Interesse geltend machen; s. noch dens. S. 290 f.

60 Fr. 10. 59. 95. §. 6. fr. 98. §. 6. *h. t.* ders. S. 294.

61 §. 4. *I. d.* fr. 16. pr. *de Fidejuss.* fr. 12. §. 3. fr. 106. *h. t.*

62 Fr. 118. §. 2. *de V. O.* hier steht also dem Gläubiger die Klage auf das Interesse für den entgegengesetzten Fall zu. Vergl. dens. a. a. O. und Fritz a. a. O. S. 388. 63.

63 §. 4. *I. de Inutil. stipul.* daher wirkt theilweise Zahlung, wie wenn sie dem Gläubiger geschehen wäre, fr. 34. pr. 71. pr. *h. t.*; die Ansprüche wegen mangelhafter Leistung stehen letzterem zu, fr. 33. pr. *h. t.* fr. 2. §. 7. *de Eo quod certo l.* fr. 131. §. 1. *de V. O.*, auch hat gegen ihn die Klage auf Rückforderung Statt, wo sie zulässig ist, fr. 34. pr. 59. *h. t.* fr. 59. pr. *de J. D.*

64 Er kann also in keiner Weise durch eine Uebereinkunft mit ihm darüber disponiren, s. Brandis S. 300 ff.

65 Fr. 55. *de V. O.* fr. 81. pr. *h. t.* daher erlischt die *adjectio* mit seinem Tod.

66 §. 4. *I. d.* fr. 131. §. 1. *de V. O.* fr. 98. §. 5. *h. t.* ein solches scheint stillschweigend angenommen werden zu müssen, wozu dann die Beistimmung von der anderen Seite in der Annahme der Zahlung liegt. Brandis S. 307. Hierneben ist es gleichgültig, ob der *adjectus* bei Kontrahirung der Obl. gegenwärtig gewesen, oder wie er sonst von der *adjectio* überhaupt Kenntniss erhalten hat. Ob der Schuldner dem *adject.* mehr hat zahlen müssen, als er dem Gläubiger zu zahlen gebraucht hätte, ist in Bezug auf die Frage von der Herausgabe gleichgültig; was nicht unmittelbar und *in natura* zu leisten ist, dessen Aequivalent ist zu erstatten.

sonst handlungsfähig ist, und ihn der Gläubiger nicht blos in der Absicht hinzugezogen hat, um ihm selbst den Gegenstand der Leistung zuzuwenden[67]; ist er nicht handlungsfähig, so kann er nur auf Herausgabe soweit in Anspruch genommen werden, als er bereichert ist[68]. Die Hinzuziehung des Dritten erlischt in ihrer Wirkung mit seinem Tod[69], ferner: durch Uebereinkunft des Gläubigers mit dem Schuldner, in welcher Form es sei[70], sowie dadurch, dass er letzteren auf die Schuld verklagt[71], und, wenn der Dritte eine selbstständige Person war, und inzwischen unter väterliche Gewalt getreten ist[72].

Die an eine andere Person als den Gläubiger, oder an wen nach dem Bisherigen Zahlung geleistet werden darf, geschehene Zahlung kann auf mehrfache Weise dennoch wirksam werden; nämlich erstens, wenn jene Person später wirklich an die Stelle des Gläubigers tritt, so wird dem Schuldner nun gegen dieselbe eine Exception (*doli*) zuständig, wenn sie die Forderung geltend zu machen versuchen sollte[73]; ingleichen dann, wenn umgekehrt der Gläubiger Rechtsnachfolger jener Person wird[74]; ferner ebenfalls exceptionsweise dadurch, wenn der Schuldner eine Schuld seines Gläubigers unter Umständen bezahlt, worin eine freiwillige Geschäftsbesorgung anzuerkennen ist (s. vorher bei Anm. 38 ff.), indem er, um zu seinem Ersatz deshalb zu gelangen, dem Anspruch seines Gläubigers die Kompensation daraus entgegenhalten kann; — endlich wird dem Schuldner eine Exception zuständig, wenn er zwar auch nicht unter solchen Voraussetzungen an einen Dritten gezahlt hat, jedoch der Gegenstand der Leistung unmittelbar und ohne Entgelt an den Gläubiger gelangt, oder mittelbar ihm zu Gute gekommen ist[75]. — Ebenso

67 Fr. 131. §. 1. *de V. O.*

68 S. Brandis S. 308.

69 S. Anm. 65.

70 S. Brandis S. 311. es entsteht daraus eine Replik gegen die *exc.* s. auch dens. wegen fr. 59. *h. t.* und fr. 8. *de Pecun. const.* (Der Nachdruck in der zweiten Stelle liegt auf *soli*, und dadurch hebt sich der Widerspruch mit der ersten.) Der Novation muss dieselbe Wirkung eingeräumt werden, doch bedarf es der Erwähnung dessen nicht, weil hier die Obl. selbst erlischt, also von einer Zahlung derselben keine Rede mehr ist.

71 Fr. 16. pr. *de Fidejuss.* fr. 57. §. 1. *h. t.*

72 Fr. 38. pr. *h. t.* s. dazu und wegen einiger widersprechender Stellen Brandis S. 311. — Vergl. übrigens noch Anm. 59 Nr. 2., wonach der Ablauf des *dies solut.* ein besonderer Erlöschungsgrund ist.

73 Fr. 96. §. ult. *h. t.* (Zahlung an den *substitut.*, an den die Erbschaft wirklich gelangt, während der *institutus* jetzt noch deliberirt.)

74 Fr. 11. §. 5. *de P. A.* (Zahlung an den Erblasser des Gläubigers.)

75 Es herrscht Meinungsverschiedenheit darüber, ob und in wiefern der Schuldner durch Zahlung an seines Gläubigers Gläubiger befreit werde, und ob und in wiefern ihm überhaupt eine nicht an den Gläubiger, sondern an einen Dritten geleistete, aber jenem doch zum Vortheil kommende Zahlung zum Nutzen gereiche? Die gemeine Meinung nimmt Beides an, ersteres namentlich unter Bezug auf fr. 6. *de Doli exc.*, s. z. B. Thibaut §. 648. (8. Ausg.) Wening §. 245. (§. 109.) e), Ausg. von Fritz, während dieser in den Erl. S. 383. Alles auf *negotior. gestio* und daher zu entnehmende *compensatio* zurückführt. Darin schliesst sich ihm Vangerow a. a. O. S. 171. an, und beide treten somit der Ansicht W. Müller's, im Archiv Bd. XV. S. 263 ff. entgegen, welcher zuerst die gemeine Meinung angriff, und der Zahlung an einen Dritten nur dann Wirksamkeit beimessen wollte, wenn der Gläubiger es erlaubt, oder genehmigt, oder den Schuldner dazu veranlasst habe, so dass in der Weigerung der Anerkennung ein *dolus* vorliegen würde. Diese positiven Resultate Müller's sind an sich ganz richtig, wegen der beiden ersten s. schon Anm. 47 und 49, — allein es ist auffallend, dass keiner von allen diesen Schriftstellern, auch nicht von den Verf. der Lehrbb., auf die Hauptstellen, worauf es hierbei ankommt, Rücksicht genommen, sondern dass erst von Unterholzner a. a. O. S. 469. y) darauf hingewiesen ist, nämlich: fr. 28. (Befreiung durch Zahlung an den *protutor*, *si pecunia in rem pupilli pervenit*) 34. §. 9. (Befreiung durch Zahlung von Seiten des

verhält es sich, wenn an den Gläubiger selbst gezahlt worden ist, während ihm die z. A. dieser Nummer gedachte Fähigkeit abgeht, und nicht an seinen Vormund oder Kurator; befindet er sich nämlich dauernd bereichert, so kann der Klage auf nochmalige Zahlung eine Exception entgegengesetzt werden[76].

3. Will der Gläubiger die Zahlung nicht annehmen, oder ist er nicht selbst oder Jemand für ihn dann vorhanden, oder seine Person ungewiss, wenn der Schuldner nach den Umständen zahlen, und die Annahme der Zahlung erwarten darf, und diese leisten will, so kann letzterer zwar diese anstehen lassen, er kann aber auch die nöthigen Schritte thun, um den Gläubiger in Verzug zu versetzen, s. §. 93. B., und wenn dieses eingetreten, die Zahlung auch ferner noch unterlassen. Will er aber die Auflösung der Obligation herbeigeführt sehen, so steht ihm frei, wenn der Gegenstand der Leistung eine bewegliche Sache ist[77], sich durch gerichtliche Niederlegung derselben davon frei zu machen[78]. Voraussetzung zu diesem Schritt ist vor Allem, dass der Gläubiger auf irgend eine Weise in Verzug gesetzt sei[79]. Ge-

debitor hered. an den *praedo*, wenn letzterer dem Erben die Erbschaft herausgiebt), und ein arg. in fr. 17. *h. t.* Hiernach scheint die gemeine Meinung eine über jeden möglichen Zweifel erhabene Unterlage zu gewinnen, und durch sie mögten auch die beiden Stellen, welche man hier beachtet, aber durch Interpretation zu beseitigen, oder mit der Ansicht von der Ausschliesslichkeit der *negot. gestio* in Uebereinstimmung zu bringen versucht hat, das richtige Licht gewinnen, nämlich fr. 61. *h. t.* und fr. 11. §. 5. *de P. A.*, nach welchem letzteren sogar eine eigentliche *solutio* angenommen werden zu müssen scheint, so dass dieser besondere Fall noch den vorherigen a, — e, im Text anzureihen wäre. Ich trete mithin der gemeinen Meinung bei, und unterscheide die beiden Fälle im Text darum, weil im ersten allein Kompensation möglich ist, (d. i. der, welchen Fritz und Vangerow als den ausschliesslichen betrachten) im letzteren nur die *exc. doli* (*general.*) Diesen zweiten Fall leugnet Busch im Archiv Bd. 31. S. 14 ff. ganz, er will die *exc. doli* nur zulassen, wenn im guten Glauben, anstatt an den Gläubiger oder seinen Bevollmächtigten, an den Dritten gezahlt worden, und das Geld, als vom Schuldner gezahlt, in des Gläubigers Hände gekommen sei. Das wäre also *negot. gestio* des Dritten, oder dieser würde dann die Rolle eines Boten übernehmen. Ich halte indessen den Beweis der gemeinen Meinung (mit meiner Unterscheidung) noch für stark genug, um ihn gegen den versuchten Gegenbeweis nicht aufzugeben.

76 Fr. 15. *h. t.* §. 2. *I. Quibus alienare.* Die Zeit, wo diese Bereicherung noch Statt finden muss, ist die der erhobenen Klage, fr. 47. pr. *h. t.* fr. 4. *de Exc.*, für eine solche wird es jedoch auch noch angesehen, wenn das empfangene Geld zur Anschaffung einer Sache verwendet worden, die nothwendig sonst mit anderem eigenen hätte erkauft werden müssen, und nachmals diese zu Grunde gegangen ist, *nam hoc ipso, quod non est pauperior factus, locupl. est.* fr. 47. §. 1. *h. t.*

77 Nov. 91. c. 2.

78 Fr. 7. §. 2. *de Minor.* Fr. 28. §. 1. *de Admin. et peric. tut.* c. 6. 19. *de Usur.* c. 8. *de Distract. pign.* Nov. cit. S. noch die Stellen der ff. Anm. Nach c. 19. *d.* soll die Deposition *in publico* geschehen, d. h. entweder *ad sacratissimas aedes, vel ubi competens judex super ea re aditus deponi disposuerit.* (Früher verstand man unter Obsignation und Deposition nur die Absonderung aus dem eigenen Geldvorrath und die Verwahrung in diesem Zustand beim Gläubiger selbst, vgl. Wolff Mora S. 493. und dadurch trat denn auch keine der *solutio* gleiche Wirkung ein, sondern nur Unterbrechung des Zinslaufs und *periculum* für den Gläubiger; vgl. §. 93. Anm. 98.) Heutzutage ist einfach das gerichtliche Depositum zu verstehen. Sollte dieses den Umständen und der Natur der Gegenstände gemäs sich nicht dazu eignen, so würde die letztere Bestimmung immer noch Platz ergreifen, indem die Annahme *ad depos.* als eine richterliche Pflicht erscheint.

79 C. 2. *de Usur.*; wenn c. 6. u. 19. *eod.* dabei von *testibus* reden, so ist deren Zuziehung nicht als ein formelles Erforderniss zu verstehen, sondern als Maasregel der Vorsicht. Die mittlere Stelle spricht von der *absentia cred.*, das darin vorkommende: *praesidem super hoc interpellare*, ist von einem entsprechenden Antrag bei Gericht zu verstehen. Vergl. §. 93. S. 213. 3, und S. 219. bb. Die Erfordernisse einer wirksamen Oblation verstehen sich von selbst; s.

schehen ferner kann er bei jedem Gericht, in dessen Sprengel die Zahlung gültiger Weise geleistet werden kann[80]; üblich ist dabei eine Einsiegelung des Gegenstands, namentlich des Gelds[81]. Diese Niederlegung hat die Wirkung der Zahlung[82]; zur Erhebung des Gegenstands ist der Gläubiger berechtigt[83], so lange derselbe jedoch letzterem noch nicht ausgehändigt ist, kann der Schuldner die Niederlegung widerrufen und den Gegenstand zurückfordern[84], so dass allerdings die gedachte Wirkung nur erst dann eintritt, wenn dieses nicht mehr möglich, im Fall der Zurücknahme aber die Niederlegung, mit Ausnahme des inzwischen wegfallenden Zinslaufs, ohne allen Erfolg ist[85]. Die Befugniss zur Niederlegung des zu zahlenden Gegenstands ergreift unter denselben Voraussetzungen auch Platz, wenn der Gläubiger zwar selbst gegenwärtig, aber nicht fähig, die Zahlung mit dem Erfolg anzunehmen, dass dadurch die Forderung erlischt, und auch kein Vertreter desselben anwesend oder vorhanden ist[86], sowie dann, wenn dem Schuldner auf rechtsbündige Weise verboten ist, dem Gläubiger selbst Zahlung zu leisten, s. vorher Nr. 2. 3, d).

4. Es versteht sich von selbst, dass, wenn über die Leistung einer Zahlung

z. B. fr. 41. §. 1. *de Usur.* c. 6. 9. 19. *eod.* c. 9. *h. t.* Es entsteht hierbei die Frage, ob mit der Hauptforderung auch die Zinsen offerirt und deponirt werden müssen? Ich beantworte dieselbe mit Rücksicht auf die Verschiedenheit ihres Ursprungs, s. o. S. 93 ff. Glück Komm. Bd. IV. S. 420 f. behauptet das Gegentheil auch für die stipulirten Zinsen; allein da diese (s. fr. 8. *de Eo quo certo l.* und c. 4. *Depos.*) und die Hauptschuld ausdrücklich als *duae stipulationes* und *duae actiones* anerkannt werden, so muss ich einen nothwendigen Zusammenhang der Art bestreiten. Aus fr. 41. §. 1. *de Usur.* und den von Glück cit. fr. 7. *eod.* fr. 28. §. 1. *de Admin. et periculo*, c. 6. 9. 19. *de Usur.* c. 9. *de Solut.* u. c. 10. 12. *de P. A.* geht das durchaus nicht hervor, denn theils ist in diesen Stellen, soweit Zinsen unter Ausdrücken wie *pecunia debita*, auch *tota*, mitverstanden werden könnten, nirgends von stipulirten Zinsen die Rede, vielmehr zum Theil das Gegentheil ausser Zweifel, theils nur von *eam sc. pecuniam*, im Gegensatz zu *usuris*, ungeachtet diese erwähnt werden, und *sortem deponere* (z. B. c. 6. 9. 19. *d.*), so dass nur andere als stipulirte Zinsen gemeint sein können, theils endlich versteht sich freilich, dass, wenn durch Deposition Befreiung eines Pfands eintreten soll, die ganze Pfandschuld, also auch stipulirte Zinsen deponirt sein müssen, obwohl diese in den letzten Stellen nicht einmal genannt sind.

80 C. 19. *de Usur.*; so ist *competens judex* zu verstehen; wenn ein *locus solut.* bestimmt worden, ist also beim Ortsgericht zu deponiren, s. c. 9. *h. t.* und vergl. Glück Komm. Bd. IV. S. 422. 74.

81 Diese wird als regelmässig, s. d. bisher cit. Stellen, und fr. 1. §. 3. und fr. 7. *de Usur.* und öfters, z. B. c. 9. *d.*, so erwähnt, als sei darin ein Erforderniss anzuerkennen, es hat jedoch sicherlich nur auf die stillschweigend vorausgesetzten römischen Verhältnisse Bezug, und ist gegenwärtig unbedenklich dem Gericht überlassen, ob es die Obsignation verlange, worüber Depositalordnungen und Herkommen zu entscheiden pflegen. Eine ohnedies geschehene Deposition ist also nicht weniger wirksam.

82 C. 19. *de Usur.*, dies zeigt sich namentlich im Wegfall des Zinslaufs, der Pfandrechte (vgl. Anm. 85) und Klagen c. 6. 9. 19. *eod.*, an deren Stelle die gegen den Depositar treten, s. folg. Anm.

83 C. 19. *d.* in f.

84 C. 19. *d.* (v. *nisi forte* etc.)

85 C. 19. *d.* fr. 7. *de Usur.* Die weiteren Folgen hieraus rücksichtlich der Bürgen und Pfänder u. s. w. ergeben sich von selbst. Die obige nähere Bestimmung über das Erlöschen der Obl. ist namentlich von Bedeutung für das Erlöschen der Pfandrechte, indem das: *jus pign. tolletur* in c. 19. *d.* nur mit derselben zu verstehen ist. Will daher der Schuldner den definitiven Zustand herbeiführen und sichern, so bleibt ihm nichts übrig, als den Gläubiger *ad agendum* zu provoziren; auch können nach Umständen die Pfänder zurückgefordert werden. Wo nach deutschem Gebrauch Hypotheken auf Grundstücke gerichtlich bestellt und ingrossirt sind, kann auch auf Ertheilung des Konsenses zu deren Löschung geklagt werden, indem dazu eine wirkliche Verpflichtung besteht; ebenso auf Herausgabe des Schuldscheins, oder Ertheilung einer Quittung, s. Anm. 89.

86 Fr. 7. §. 2. *de Minor.* s. übr. Anm. 50.

Streit entsteht, der Schuldner dieselbe zu beweisen habe [87]. Ueber die dazu dienlichen Beweismittel ist zweierlei [88], zuvörderst nämlich rücksichtlich der eigentlich darauf berechneten Quittungen Folgendes zu bemerken. Eine solche dem Zahlenden auszustellen, ist der Gläubiger verpflichtet, und der Schuldner kann bis dahin die Zahlung versagen, so dass die Weigerung den Gläubiger in Verzug versetzen wird, sowie auch nach geschehener Zahlung eine solche verlangen [89]. Indessen ist die Quittung auch nichts weiter als ein Beweismittel, über dessen Beweiskraft gegenüber der *querela non numeratae pecuniae* bereits in §. 96. S. 267 ff. das Weitere vorgekommen ist [90]. Sodann entsteht in den beiden Fällen: 1) wenn dem Schuldner der Schuldschein vom Gläubiger zurückgegeben worden ist [91], und 2) wenn der

[87] S. c. ult. *h. t.*

[88] Ausser den beiden folgenden näheren Bestimmungen kommt hier das Erforderniss einer gewissen grösseren Zahl (fünf) zuzuziehender Zeugen zu Darlehnsinstrumenten über den Betrag von 50 *libras auri* und zu den Quittungen über deren Rückzahlung in c. 17. *Si certum pet.* coll. Nov. 73. c. 8. und zum Beweis der letzteren ohne Quittung noch c. 18. *de Testib.* in Betracht. Die älteren Schriftsteller bezeugen einstimmig, dass die besonderen Erfordernisse ausser Gebrauch geblieben, und die gewöhnliche Zahl von einwandfreien Zeugen, d. h. zwei, überall zu einem solchen Beweis ausreichen, s. bes. Böhmer J. E. P. Lib. II. Tit. 19. §. 34. und Tit. 20. §. 21. *Stryk Us. mod.* Lib. 22. Tit. 5. §. 15. und s. ferner die bei Hassenpflug in der jur. Zeitschr. Jahrg. 1829. S. 65 f. Gen. und Bayer Vortr. S. 457. In den meisten Lehrbb. ist denn auch dieser Ausnahme gar nicht gedacht. Dagegen sind neuerlich nicht wenige zu jenen Bestimmungen zurückgekehrt, s. Glück Komm. Bd. XXII. S. 219., bes. aber Linde in seiner Zeitschrift Bd. I. S. 241 ff., dann Wening, §. 245 (§. 111.) Puchta §. 287. a. E. Allein das Berufen auf jene Stellen genügt der Praxis gegenüber nicht, und wenn auch dieser, wie Linde meint, ein Misverständniss der vorausgesetzten Fälle in jenen Stellen zu Grunde gelegen, so muss ich doch mit Hassenpflug, bevor nicht die Praxis sich darin geändert, bei dem von ihr bis jetzt befolgten Satz festhalten.

[89] Nach den §. 93. Anm. [83] cit. Stellen und nach c. 18. *de Testib.* und Nov. 90. c. 2. kann der Schuldner die Zahlung zurückhalten, bis er eine Quittung erhält. Dass er auf eine solche klagen könne, ist direkt nicht gesagt. Indessen ist nicht zu verkennen, dass dies indirekt darin enthalten ist, auch ist m. W. immer angenommen worden, dass eine solche wirklich gefordert werden könne, vergl. Leyser *Med. ad Pand. spec.* 530. m. 1. *Voet Comm. ad Pand. tit. de Solut.* §. 15. namentlich unter Hinweisung darauf, dass die Zurückgabe des, auch etwa durchstrichenen oder eingerissenen Schuldscheins nicht genüge. Vergl. auch Gesterding im Archiv Bd. IV. S. 16. (Ausbeute u. s. w. Bd. III. S. 427.) und bes. Linde in seiner Zeitschrift Bd. I. S. 244 ff. Ausführlich hat die Frage neuerlich behandelt Busch im Arch. Bd. XXXI. S. 1 ff. Er gelangt auf Grund der Analogie aus c. 19. *de Fide instrum.* u. c. 1. §. 2. *de Apochis publ.* zu der Bejahung. Uebrigens unterscheidet er in sofern, als er das Recht, Quittung zu fordern, nur dann für begründet hält, wenn der Schuldner einen Schuldschein ausgestellt hat, oder die Schuld sonst leicht zu beweisen sei, die Zahlung schwer.

[90] Häufig wird durch ein Misverständniss oder eine ungegründete Ausdehnung der §. 96. Anm. [39] cit. Stelle für *instrumenta publica* behauptet, dass sie sogleich beweisen, also die *exc. non num. pecun.* keinen Einfluss auf sie ausübe. Das ist unrichtig, dagegen bemerkt Fritz Erl. S. 394., dass dies allerdings dann anzunehmen sei, wenn die öffentliche Autorität beurkunde, die Zahlung habe vor ihr Statt gefunden, oder dass der Gläubiger vor ihr bekannt habe, sie sei wirklich bereits erfolgt. Das erstere ist gegründet, aber keine Ausnahme, indem hier nicht der Empfänger etwas bekennt, sondern ein Dritter als geschehen bezeugt, der sofort vollen Glauben geniesst; das letztere aber kann nicht zugegeben werden, indem das öffentliche Zeugniss, dass der Gläubiger die Zahlung bekannt habe, an der Natur dieses Bekenntnisses nichts ändern kann.

[91] Fr. 2. §. 1. *de Pactis.* Unrichtig ist hieraus früher allgemein eine Vermuthung für die Zahlung gezogen worden; ja, nicht wenige haben sogar diese nicht aus der Zurückgabe, sondern aus dem blossen Besitz des Schuldscheins auf Seiten des Schuldners gezogen, s. die bei Vermehren in d. Zeitschrift Bd. XI. S. 263. [3] Gen.

Schuldschein solche Zeichen an sich trägt, welche üblich sind, um die Kassation eines solchen anzudeuten, eine gesetzliche Vermuthung, dass die Schuld erlassen sei [92]. Wenn über die Zahlung öffentlicher Abgaben, Gefälle und Steuern aus einem ununterbrochenen Zeitraum Quittungen vorhanden sind, so entsteht daraus eine Vermuthung für die Berichtigung der früheren, welche nur durch Urkundenbeweis widerlegt werden kann [93].

Das Letztere ist durchaus willkührlich; dass nicht die Zahlung, sondern nur der Erlass Gegenstand der Präsumtion sei, hat Vermehren und vorher schon Linde a. a. O. S. 245. hervorgehoben; die genannte Stelle sagt es ganz bestimmt, die auch noch angeführt werdenden c. 14. 15. *de Solut.* sind in gleichem Sinn zu erklären. Der Unterschied in den praktischen Folgen ist unter Umständen beträchtlich, z. B. wenn die Schuld ein *indebitum* war, oder Stellvertreter, wie Vormund und Mandatar, bei der Zurückgabe handelnd aufgetreten sind; s. diess. resp. S. 245. und S. 282. Mit allem Recht aber macht Vermehren noch darauf aufmerksam, dass eine blos faktische Vermuthung für die Zahlung allerdings aus der Rückgabe u. U. gezogen werden könne, die dann nur höchstens zu einem nothwendigen Eid führen könne. Vgl. Bd. I. §. 18. [24].

[92] Fr. 24. *de Probat.* (also vorausgesetzt, dass sich eine Urkunde in diesem Zustand noch in des Gläubigers Händen befindet). Auch hier streitet nicht für die Zahlung, sondern für den Frlass oder Verzicht eine Vermuthung, s. Bülow Abh. Thl. II. S. 191 f. Vermehren S. 281. Fritz Erl. S. 395.

[93] C. 3. *de Apochis publ.* Wenn es darauf ankommt, sich darüber auszusprechen, was hier wirklich gemeinen Rechtens sei, so muss ich es vorziehen, strenge beim obigen Inhalt dieser Stelle zu beharren; mit der Annahme der Zulässigkeit von Ausdehnungen geräth man in ein Labyrinth von Streitfragen, die sich gar nicht beantworten lassen, ohne allen analogen Anhalt aufzugeben. Es ist allerdings richtig, dass seit uralter Zeit (von Alciati an) die Meinung der Rechtsgelehrten mit wohl allgemein zu nennender Uebereinstimmung dahin geht, dass für ähnliche Gefälle, Renten, Kanon, auch Zinsen die nämliche Vermuthung streite, s. *Kind Quaest. Tom.* IV. c. 56. Bülow a. a. O. S. 193. und Gesterding im Arch. Bd. IV. §. 11. und die bei diesen Gen. Von Praktikern wird auch eine damit übereinstimmende Praxis behauptet und bezeugt, s. bes. für die sächs. Praxis *Berger El. disc.* p. 746 und 1424. und die bei Kind zahlreich Gen., ob diese jedoch eine allgemeine sei, wird sich schwerlich darthun lassen. Wenn man aber die Gründe für und wider erwägt, so können die für die Ausdehnung aufgeführt werdenden, nämlich, dass jeder Schuldner zuvörderst seine älteren Schulden der Art berichtigen werde, und auch diese nach fr. 5. pr. *h. t.* zuvörderst als berichtigt betrachtet werden sollen (*Berger l. l.* p. 747. Bülow scheint keine für nöthig zu halten), und dass der Gläubiger zuerst jüngere Termine als bezahlt nicht annehmen werde, wenn nicht die älteren berichtigt seien (Gesterding S. 12., der aber selbst dagegen ist), doch eigentlich dagegen, was der c. 3. *d.* offenbar als Argument zu Grunde liegt, gar nicht in Betracht kommen: dass die Einnehmer öffentlicher Gefälle ein ordentliches Rechnungswesen halten müssen, und ältere Posten gar nicht kreditiren und neuere als bezahlt annehmen dürfen, dass gerade hier also, und nur hier eine solche rechtliche Vermuthung an ihrer Stelle sei, nicht aber in anderen Fällen. Es findet sich denn daher auch in unseren neuen Lehrbb. in Folge genauerer Berücksichtigung der Quellen die beschränkte Auffassung der Vermuthung nach diesen, s. z. B. Wening §. 245. a. E. Unterholzner a. a. O. S. 477. II., obwohl es auch nicht an bedeutenden civilistischen Autoritäten für die entgegengesetzte Meinung fehlt, (s. z. B. Puchta §. 287. [u]). In Bezug auf die Ausdehung nach dieser kommen dann aber folgende Fragen in Betracht, die erste: ob schon die Quittungen von drei Zahlungsterminen (z. B. halb- und vierteljährigen) genügen, oder, wie in der Stelle selbst, die aus einem dreijährigen Zeitraum erfordert werden? Bülow a. a. O. ist für das Letztere. Das Gegentheil könnte billig nur vermöge einer Analogie unter der Voraussetzung angenommen werden, dass die in c. 3. *d.* gemeinten Abgaben jährlich nur einmal fällig gewesen und bezahlt worden seien. In der sächs. Praxis ist dies nach *Berger l. l.* angenommen. Sodann hat man gefragt, ob nicht jeder durch andere Mittel geführte Beweis eine gleiche Vermuthung herstelle? Obwohl nun die Vermuthung nicht auf die Zahlung späterer Termine gestützt wird, sondern auf deren Quittirung, so hat man den-

§. 104.

B. *Kompensation oder Gegenrechnung.*

Wenn der Schuldner Gläubiger seines Gläubigers wird, so ist das Entstehen der zweiten Obligation nicht von nothwendigem Einfluss auf die erste; ein solcher ist vielmehr, sobald der Inhalt der beiderseitigen Leistungen verschiedenartig ist, nicht einmal möglich; die mehreren Obligationen bestehen also ursprünglich neben einander. Es kann aber unter Umständen ein solcher gegenseitiger Bezug eintreten, dass die Forderungen aus den beiderseitigen Obligationen gegeneinander aufgerechnet, kompensirt werden, so dass beide, beziehungsweise, soweit sie einander decken, als erloschen erscheinen [1]. Dies ist möglich:

noch die Frage bejaht, s. *Berger l. l.* A. M. ist jedoch Bülow a. a. O. S. 195. — Eine dritte Frage ist die, ob der wider diese gesetzliche Vermuthung zu führende Gegenbeweis nicht etwa nur, wie c. 3. *d.* erfordert, durch Urkunden zu führen sei? In der Praxis scheint die Auswahl unter den Beweismitteln keinem Bedenken unterworfen worden zu sein; vergl. bes. *Berger l. l.* p. 747. Soviel scheint allerdings unvermeidlich, dass, wenn man einmal sich zu der gemeinen Meinung für die Ausdehnung hinneigt, man alle Schranken aus c. 3. *d.* wegwerfen muss, wenn man einigermaassen konsequent bleiben will. Was nimmt aber dieselbe dann über den unmittelbaren Inhalt der c. 3. *d.* an? Es scheint, dass sie sogar diesen durch den Gerichtsbrauch als geändert betrachtet. — Dass eine starke *praes. hominis* in den übrigen Fällen anzunehmen sei, ist allerdings ganz unbedenklich.

1 *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio*, fr. 1. *de Compens.* (künftig *h. t.* citirt.) Ausser in der eigentlichen, in diesem §. ausschliesslich gemeinten, auf die Summe der Leistung bezüglichen Bedeutung kommt *compens.* und *compensare* noch in mehreren uneigentlichen vor, denen freilich auch immer ein Gegenrechnen des Einen wider das Andere und beiderseitiges Aufheben zu Grunde liegt, so: in Anwendung auf ein Aufrechnen des Schadens gegen gezogene Nutzungen; auf die Aufhebung der Prozesskosten beider streitenden Theile gegen einander, so dass keiner dafür Ersatz vom anderen erhält; auf den Bezug des Ertrags eines Pfands anstatt Rückzahlung der Schuld (fr. 39. *de P. A.*), oder der Zinsen (fr. 1. §. 3. *de Pignor.*); ferner überhaupt auf das Anrechnen einer Sache oder eines Rechts gegen eine Forderung (c. 6. *de R. V.* c. 6. *de Hered. instit.*), gegen die Quote einer Erbschaft, welche man schon hat, auf eine andere, die man fordert (fr. 1. §. 4. *Si pars hered.* fr. 67. §. 3. *de Legat.* II.) u. s. w. Besonders zu erwähnen ist noch die Aufhebung eines gegenseitigen *dolus*, so dass von keiner Seite her ein Anspruch daraus entsteht, s. darüber §. 98. Anm. 9 und die dort cit. Stellen, u. 24 b), §. 100. bei und in Anm. 16 und §. 101. S. 340. Wohl zu unterscheiden ist hier 1) der *dolus* in Verbindung mit Entstehung von Obligationen und Ansprüchen aus einer Handlung, wobei gegenseitiger *dolus* zusammentrifft, also in derselben Richtung und in Bezug auf denselben Gegenstand; davon gelten namentlich fr. 36. *de Dolo*, fr. 57. §. 3. *de Contrah. emt.* fr. 39. *Soluto matrim.* und die ähnlichen übrigen. Hier steht der eigene *dolus* dem Anspruch aus dem *dolus* des Anderen (oder auch nur aus der anderseitigen *culpa*, nicht aber umgekehrt, s. S. 340.) stets absolut hindernd entgegen. Davon nur kann dann auch der Satz der letzten Stelle: *paria delicta mutua compensatione dissolvuntur*, verstanden verden, während 2) nicht nur die öffentliche Strafe natürlich dadurch nicht berührt wird, s. z. B. fr. 2. §. 4. *Ad leg. Jul. de adulter.* (vgl. Glück Bd. XV. S. 68. 67), sondern auch die Entschädigungsforderungen, wenn zwei Personen sich desselben Delikts gegeneinander, also jede eines besonderen (und natürlich auch, wenn verschiedenartiger) und ebenso, wenn sich jede eines besonderen *dolus* in einem und demselben Kontraktsverhältniss schuldig gemacht, gegeneinander nur auf gewöhnliche Weise kompensirt werden können; s. Hasse im Archiv Bd. VII. S. 175. 28, Mühlenbruch §. 471. Wening §. 246. (113.) d) wider die frühere von Glück a. a. O. und wiederum von Krug §. 53. und 55. z. A. vorgetragene Ansicht, welche auch in diesen Fällen totale Aufhebung der gegenseitigen Klag-

I. Durch Uebereinkunft der gegenseitigen Gläubiger (sog. compensatio volun-

rechte, wie im Fall unter 1), annehmen, nicht *quoad concurrentem summam*. Gleichergestalt ist nun 3) die Kompensation aus Forderungen wegen gegenseitiger *negligentia* vollkommen zulässig, s. §. 101. bei Anm. [64]. Die hierüber sprechende Stelle, fr. 10. pr. *h. t.*, versteht Krug §. 55. wieder so, dass die Ansprüche selbst ganz abgesehen von der Summe sich aufheben, und gewinnt dann das allgemeine Resultat, dass in Kontraktsverhältnissen sich *dolus* mit *dolus*, *culpa lata* mit *c. lata*, und *c. levis* mit *levis* ganz aufhebe. Allein offenbar ist in der *par negligentia* an einen entstandenen gleich grossen Nachtheil gedacht, nicht, dass sie sich aufheben soll, wenn etwa die eine auch ohne allen Schaden abgelaufen ist, vergl. Hasse a. a. O. Zu dem Anfang der Stelle nämlich gehört, um ihn richtig zu würdigen, das folgende: *simili modo probatur etc.* mit der *negligentia*, *quae eadem quantitate aestimatur* (die Basil. XXIV. 10. 10. haben daher auch beides in einen Satz zusammengezogen), s. auch Unterholzner a. a. O. S. 552. n). Anstatt diese Worte zu berücksichtigen, stützt Krug seine Behauptung von der Gleichgültigkeit der Grösse des Schadens auf fr. 40. §. 1. *de Damno inf.*, wonach, wenn ein *paries communis aequaliter utriusque oneribus pressus decidit*, *si alter plures res vel pretiosiores amiserit*, *quia ambo onera imposuerunt*, *neutri adversus alterum actio competit*, — ein Fall, der gar nicht hierher gezogen werden kann. (Vergl. auch Fuhr in Schunck's Jahrb. Bd. 27. S. 137 ff.) — Den beiden ersteren Fällen verwandt, aber keinem gleichzustellen, ist: a) die durch das kanon. R. eingeführte, resp. im protestantischen Eherecht so verstandene oder angewendete Bestimmung, dass bei gegenseitigem Ehebruch kein Gatte auf Scheidung klagen könne, vergl. Krug §. 56. a. E., obwohl man auch dabei von Kompens. zu sprechen pflegt. b) Mit der sog. Kompens. der Injurien verhält es sich so: dass die öffentliche Strafe bei wechselseitigen Injurien nicht wegfalle, darüber ist kein Streit, vergl. Heffter Krim.-R. §. 113. [13], Feuerbach peinl. R. Ausg. von Mittermaier §. 296. [a] a. E., Hencke Krim.-R. Bd. II. 324. Es ist ferner mit den allgemeinen Grundsätzen von der Kompens. der Forderungen in voller Uebereinstimmung, dass die Privatklagen auf Geldbusse, also die ästimatorischen Injurienklagen, zur Kompens. vollkommen geeignet seien, und auch allgemein anerkannt, vergl. diess., unanwendbar aber ist dieser Begriff, wenn die Klage auf Widerruf gerichtet ist, vergl. *Lauterbach Colleg. Theor. pract.* ad Lib. XVI. tit. 2. §. 13. und also auch, wenn auf Abbitte und Ehrenerklärung. Dagegen kann auch rücksichtlich dieser der Begriff der Retorsion eine ähnliche Wirkung hervorbringen, worüber jedoch mehrere abweichende Meinungen vorhanden sind. Manche bringen ihn mit den vorher cit. Stellen fr. 36. *de Dolo* u. s. w. in Verbindung, indem sie daraus in Anwendung auf die Injurien den Schluss ziehen, dass, wer durch sein injuriöses Benehmen den Anderen zu einer gleichen Behandlung bei derselben Gelegenheit veranlasst habe, jeden Anspruch auf Civilgenugthuung verliere, vergl. Heffter a. a. O. Anm. [17]. Andere bringen dasselbe in Bezug auf das Decretum D. Marci wegen der Selbsthülfe, s. Mittermaier a. a. O. Anm. f). S. noch Hencke Krim.-R. Bd. II. S. 323., welcher letztere mit Anderen dabei das, was zum Zweck erlaubter Selbstvertheidigung geschehen ist, von widerrechtlicher Rache unterscheidet. Unabhängig hiervon behaupten die älteren Kriminalisten ein altdeutsches Herkommen, wonach wenigstens bei wörtlichen Injurien die sofortige Retorsion einer zugefügten Beleidigung jeden Anspruch auf Strafe und Genugthuung auf beiden Seiten aufhebe, s. bes. Struben rechtl. Bed. N. 588. und die dort und bei Marezoll Krim.-R. §. 120. a. E. Gen. Die Neueren scheinen nicht sehr geneigt, den rechtlichen Grund dieser Wirkung anzuerkennen, indessen doch nur vorzugsweise unter Verweisung auf geänderte sittliche Ansichten; Hencke räumt ihr jedoch (mit der gedachten näheren Unterscheidung) vollständigen Einfluss ein, und hält dabei zwar eine Gleichheit der Injurien für erforderlich, und dass kein Excess vorgefallen sein dürfe, nicht aber, dass die Retorsion unmittelbar nach erlittener Beleidigung erfolgt sein müsse, noch, dass sie nur bei wörtlichen Injurien anwendbar sei; denn es sei hierbei nicht von Wiedererlangung etwas Verlorenen, sondern von Vergeltung erlittenen Unrechts die Rede. Nach m. E. geht Hencke, lediglich durch den Begriff geleitet, viel zu weit. Eine so singuläre Rechtshülfe muss innerhalb der engsten Grenzen gehalten werden, welche ihr das durch die Rechtsgelehrten bezeugte Herkommen an-

taria)[2]. Der Eintritt der Wirkung hängt dann ganz von dem Inhalt einer solchen Uebereinkunft ab, welcher wiederum auch entweder eine abgekürzte gegenseitige Zahlung, beziehungsweise, wenn auf einer Seite ein Rest bleibt, in Ansehung desselben eine Novation, oder einen gegenseitigen Erlass in sich begreifen und bezwecken kann[3]. Hierüber bedarf es keiner weiteren Bemerkung, indem sich Alles unter anderweit feststehende Begriffe stellt und nach diesen regelt.

II. Ohne solche Uebereinkunft tritt die Kompensation dann ein, sobald sie der eine Gläubiger, anstatt Zahlung seiner Schuld zu leisten, zur Anwendung gebracht wissen will, d. h. die Aufrechnung einer Schuld gegen die andere verlangt, — vorausgesetzt, dass diejenigen Erfordernisse für beide Forderungen zusammentreffen, welche ein solches Verlangen als rechtlich gegründet erscheinen lassen. Dieses ist die Kompensation in dem eigentlichen Sinn (sog. necessaria), worin sie als ein besonderes Rechtsinstitut erscheint[4], welches hier weiter zu entwickeln ist. Es liegt demselben zunächst der Gesichtspunkt zu Grunde, dass derjenige, wer Schuldner und Gläubiger eines Anderen zugleich ist, ein Interesse daran habe, dasjenige, was er in ersterer Eigenschaft dem Anderen zu leisten hat, zu behalten und auf die eigene Forderung andererseits kurzer Hand als geleistet anzunehmen, anstatt es wegzugeben, und darauf den eigenen Anspruch geltend zu machen[5]. In sofern

weist, ohne dass Entwickelungen aus dem Begriff dessen Wirksamkeit erweitern können, sollten auch Inkonsequenzen dabei stehen bleiben. — Andererseits kommen für die eigentliche Kompens. auch andere Ausdrücke vor, wie z. B. *pensare* (*secum*), *reputare*, *imputare* u. s. w., s. fr. 18. pr. *de P. A.* fr. 1. §. 4. *de Contrar. tut.* c. 11. *de Compens.* Die Geschichte der Kompens. im R. R. bietet interessante Parthien der Rechtsentwickelung dar; für das im justin. R. aber vollständig ausgebildete Institut ist das Geschichtliche wenigstens soweit ohne Bedeutung, dass es hier genügt, daran zu erinnern, dass dasselbe ein Produkt der *aequitas* aus dem in Anm. [5] angedeuteten Gesichtspunkt ist. Es ist daher rücksichtlich der den älteren Zeiten angehörenden Quellenzeugnisse nur noch zu bemerken, dass die Zulässigkeit der Kompens. früher nur gewissen Forderungen (*bon. fid.* und Forderungen der *argentarii*) gegenüber anerkannt war, und in manchen Anwendungen eine besondere Ausbildung (*deductio* bei Ueberschuldungen und *doli exc.* gegen den klagend auftretenden Gläubiger, der die Gegenforderung kennt,) gewonnen hatte. Vgl. noch Anm. [60]. In der vollen Entwickelung hat die Anwendbarkeit der Kompens., bis auf wenige nun als Ausnahmen erscheinende Fälle, einen allgemeinen Umfang gewonnen, so dass es nur auf die Voraussetzungen und Erfordernisse derselben ankommt. Ueber die Geschichte der Kompens. s. bes. Krug Lehre v. d. Kompens. S. 34 ff. 49 ff. und Hartter d. röm. deutsche R. d. Kompens. §. 1—3. und in d. Zeitschrift Bd. XIX. S. 144 ff. S. ferner Brinz d. Lehre v. d. Kompens. 1849. Scheurl Beitr. zur Bearb. d. R. R. S. 149 ff. Dernburg d. Kompens. 1854. S. 18 ff. wider die Grundanschauung der beiden ersteren auch jetzt Vangerow Bd. VI. S. 377 ff.

[2] Fr. 52. §. 1. *de Pactis*, fr. 4. *Qui potiores.*

[3] Vgl. Bethmann-Hollweg im Rhein. Mus. Bd. I. S. 268. Krug a. a. O. S. 8 ff.

[4] Fr. 2. 3. *h. t.* Die beiden genannten Monographen haben es sich zur besonderen Aufgabe gemacht, eine haarscharfe Definition der Kompens. zu geben, s. Krug §. 2. 32. u. Hartter §. 7. (vergl. dens. in der Zeitschrift Bd. XIX. S. 175.), es ist dies nach m. E., wie in vielen anderen Fällen, ein fruchtloses Beginnen; man kann sich mit der Legaldefinition (s. Anm. [1]) begnügen; anderen Falls kommt man entweder in die Nothwendigkeit, so Vieles in die Definition hineinzutragen, dass sie zu einer Art von Rekapitulation der ganzen Lehre wird, die an unausbleiblicher Unvollständigkeit oder Zweideutigkeit leiden muss, oder man wird dabei von einer für die Auffassung des Wesens derselben angenommenen Vorstellung geleitet, die man sich selbst erst geschaffen hat; so namentlich die Krug's von einer fingirten Selbstzahlung, zu welcher der Gläubiger verpflichtet sein soll; vergl. gegen diese auch Fuhr's Recens. in Schunck's Jahrbb. Bd. 27. S. 114. Hartter in der Zeitschrift Bd. XIX. S. 169 ff. und Vangerow Leitf. Bd. III. S. 348. Vergl. auch Dernburg a. a. O. S. 368 ff.

[5] Fr. 3. *h. t.* drückt das noch stringenter so aus: *ideo comp. necess. est*, *quia interest nostra*

nun immer zwei Forderungen, oder vielleicht auch von der einen Seite oder von beiden Seiten mehrere einander gegenüber stehen, erscheint die Gegenrechnung wie eine Bezahlung der beiderseitigen Forderungen durch einander mittelst Behaltens des gegenseitig Geschuldeten [6]. In der Anwendung aber erscheint sie stets nur von der einen Seite her, nämlich von demjenigen Gläubiger, welcher zunächst vom anderen als Schuldner in Anspruch genommen ist, wider diese Forderung gerichtet, so dass also die Wirkung der Gegenrechnung nur auf diese bezogen wird, während die Rückwirkung auf die eigene nicht weiter besonders zur Sprache kommt, allerdings aber sich nothwendig von selbst versteht. Wenn es sich also:

a. um die Erfordernisse für die Anwendbarkeit der Kompensation fragt, so sind nur solche für diejenige Forderung gemeint, welche in dieser Weise wider die andere in Bezug gestellt wird, während diese letztere ganz unabhängig von jener ursprünglich geltend gemacht wird, und für diese zu dem Zweck vielmehr zum Theil die Voraussetzungen stellt, wenn derselbe durch sie soll erreicht werden können. Diese Erfordernisse aber betreffen theils subjektive, theils objektive Beziehungen der in Gegenrechnung zu bringenden Forderungen; die ersteren sind folgende:

I. Man kann nur seine eigene Forderung wider den Anderen in Kompensation bringen, nicht die eines Dritten, auch nicht mit dessen Zustimmung, und nur wider die Forderung des Anderen, nicht wider die eines Dritten, den jener vertritt [7]. Hierneben bestehen folgende besondere Bestimmungen und Ausnahmen [8].

potius non solvere quam solut. repetere, obwohl es nicht eigentlich auf eine *repetitio soluti* ankommt.

[6] Fr. 76. *de V. S.*

[7] Diese Regel wird oft so ausgedrückt: *ex persona tertii compensatio fieri nequit.* Sie folgt aus der Natur der Verhältnisse von selbst, da es zwischen der klagbar gemachten und Obligationen mit Dritten an aller und jeder Beziehung fehlt, sie ist auch ausdrücklich in c. 9. *de Compens.* fr. 16. pr. und 18. §. 1. und fr. 23. *h. t.* anerkannt, und in der vorletzten Stelle auch dem Eintritt des anderen Gläubigers des Gläubigers für den vom letzteren angegriffenen Schuldner mit der Bereitwilligkeit zur Kompensation diese Wirkung verneint; wenn ein solcher geschieht, so könnte darin je nach Umständen eine Cession oder Anweisung, Schenkung, oder sonst ein anderes Geschäft liegen; vergl. Krug a. a. O. S. 149 ff. Die besonderen Anwendungen hiervon ergeben sich von selbst; beispielsweise seien genannt: das Mitglied einer Korporation im Vergleich zu Forderungen oder Schulden dieser; der Bevollmächtigte zu denen des Auftraggebers, der Vormund zu denen des Mündels, je nachdem letztere beide für sich selbst, oder für die genannten Personen auftreten, s. fr. 23. *h. t.*; dagegen steht bei der unter mehrere Bevollmächtigte oder Vormünder getheilten Verwaltung einer Kompensation daher nichts entgegen, fr. 36. *de Administrat. et periculo.* (*non juris est*, *sed jurisdictionis.*) Vgl. Dernburg S. 375 ff.

[8] Streng genommen müsste man beide sondern, indessen treten dabei manche Verlegenheiten ein, indem z. B. von Nr. 2) 4) 7) sich kaum unterscheiden lässt, ob sie das Eine, oder das Andere sind. Es kommt jedoch nichts darauf an. Im Allgemeinen ist übrigens die Persönlichkeit des Gläubigers, gegen den eine Schuld desselben kompensirt werden soll, ganz gleichgültig, s. fr. 2. 12. 24. *h. t.* c. 11. *h. t.* c. 3. *Contrar. tut.* — Hierher gehört auch die Frage über die Kompensation mit Obl. der Ehegatten, die in den Quellen nicht ausdrücklich erwähnt wird, mithin nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen ist, s. Bd. III. §. 133. z. A. Es hängt also m. a. W. die Befugniss des Manns, Forderungen der Frau zur Kompens. wider die Schuldner daraus zu benutzen u. s. w., von den Rechten ab, die ihm nach den zwischen Beiden bestehenden vermögensrechtlichen Verhältnissen daran zustehen. Dies reicht in der Verfolgung des Weiteren — auch mit Schulden der Frau — für das praktische Recht in deutschrechtl. und partikularrechtl. Gestaltungen (Paraphernalforderungen, Gütergemeinschaft u. s. w.) hinein. Vergl. darüber Krug a. a. O. S. 186 ff. und neuerlich ausführlich über die dem römischen Dotalrecht angehörigen Fragen und Fälle, Saran in der Zeitschrift N. F. Bd. 18. S. 89 ff.

1) Von und wider den Erben können ererbte Forderungen gegen selbstkontrahirte Schulden, und selbstkontrahirte Forderungen wider Erbschaftsschulden kompensirt werden [9].

2) In fiskalischen Sachen findet zur Erhaltung der geschäftlichen Ordnung wider die einzelnen verschiedenen Verwaltungsbehörden, die für den Fiskus etwas fordern, nur bezüglich derjenigen Gegenforderungen des Schuldners Kompensation Statt, welche ihm die einzelnen, nicht, welche andere schulden [10].

3) Wenn bei einer Novation ein Dritter an die Stelle eines der beiden Paciscenten tritt, so hat der letztere an dem novirten Verhältniss keinen Antheil, es bleiben also andere Forderungen oder Schulden desselben für und wider den Dritten ausser Betracht [11].

4) Der Cessionar kann von der ihm cedirten Forderung wie von einer ursprünglich in seiner Person entstandenen zur Kompensation Gebrauch machen [12]; wider ihn, als Nachfolger des ursprünglichen Gläubigers, können gleich eigenen auch die bis zur Zeit der Anzeige der Cession bereits fälligen Schulden des letzteren an den Debitor cessus von diesem in Gegenrechnung gestellt werden, vorausgesetzt, dass die cedirte Forderung selbst damals schon fällig war, indem die alsdann schon eingetretene Befugniss des letzteren zur Kompensation nicht durch die Cession verloren gehen kann [13]. Was von der wirklichen Cession gilt, muss auch dann zur Anwen-

[9] Dies bringt die vollständige Repräsentation des Erblassers durch den Erben nothwendig mit sich. Natürlich aber ist vorausgesetzt, dass der Erbe es schon wirklich und definitiv geworden sei. Vergl. Dernburg S. 380 ff. dort auch über den Fall des Erbantritts *sub benef. inventarii.*

[10] C. 1. *h. t.*; entscheidend also ist der Ressort der verschiedenen Verwaltungsbehörden mit verschiedenen Einnahmen, und zwar muss, da diese Bestimmung im Interesse eines ordnungsmässigen Rechnungs- und Kassenwesens geschehen ist (*propter confusion. diversor. officior.*), dies nicht nur bei oberen Verwaltungsstellen, z. B. der Domainenkammer im Gegensatz zur Oberforstdirektion, sondern auch bei Provinzial- und Lokalstellen zur Anwendung kommen. Es entsteht nun die Frage, ob nicht dem Centralfiskus Forderungen an einzelne Verwaltungsstellen entgegengesetzt werden können? Sie wird unter Bezug auf fr. ult. *h. t.* bejaht, s. Glück a. a. O. S. 82. und Krug S. 195 f. und die dort Gen. Ist auch dieses Beweismittel nicht gerade überzeugend, so scheint allerdings dafür zu sprechen, dass hier keine Irritation der Ressortverhältnisse zu befürchten ist. Im umgekehrten Fall ist die Frage zu verneinen.

[11] Arg. fr. 19. *de Novat.* c. 3. *eod.* vgl. Krug S. 173. Ebenso wäre es, wenn zwei neue Personen eintreten und die bisherigen Gläubiger und Schuldner ganz ausscheiden. Der *animus novandi* entscheidet dann auch bei der Expromission die Frage, ob der Expromittent aus Forderungen des Schuldners an den Gläubiger kompensiren kann, vergl. Sintenis in der Zeitschrift Bd. X. S. 73 ff., d. h. es ist nur dann möglich, wenn man blos als *correus* zu einer anderen Schuldverbindlichkeit hinzugetreten ist, und zwar als Bürge, vergl. nachher Anm. [23]. (Hartter a. a. O. S. 77. hat hier unrichtige Begriffe von Expromission und Delegation angewendet, und dadurch unrichtige Resultate.) S. jetzt auch Dernburg S. 397.

[12] Fr. 18. pr. *de Compens.* Dass in dieser Stelle die *lit. cont.* erwähnt ist, ist nichts Wesentliches, indem der Satz schon daraus folgt, dass der Cessionar über die Forderung überhaupt wie mit einer von ihm selbst kontrahirten verfügen kann. S. auch Mühlenbruch Cession S. 612. Krug S. 167. Dernburg S. 385 ff.

[13] Es ist Streit darüber, welche Forderungen an den Cedenten kompensabel seien. Der Text folgt der Ansicht von Mühlenbruch Cession S. 597 ff. und Krug a. a. O. §. 65. Dieser steht eine andere dahin gehende entgegen, dass die Gegenforderung nur begründet und nicht fällig gewesen zu sein brauche, s. Wening §. 246. (112.) x), (Fritz Erl. dazu, durch Stillschweigen) und schon Glück a. a. O. S. 94. (wenn dieser nicht doch die fälligen wenigstens meint). Die erstere Ansicht hat entscheidende Gründe für sich, s. besonders Krug a. a. O. S. 170 ff. Fuhr's Entgegnung darauf, a. a. O.

dung kommen, wenn ohne solche eine Forderung von einem Anderen, als dem ursprünglichen Erwerber geltend gemacht werden kann[14]. So viel hier im Besonderen das Vermächtniss einer Forderung betrifft, so kann der Schuldner dawider, deren Fälligkeit vorausgesetzt, nicht nur Forderungen an den Erblasser, die entweder noch bei dessen Lebzeiten, oder wenigstens bis dahin fällig wurden, wo er davon Kunde erhielt, wer nun sein Gläubiger sei, sondern auch die bis dahin fällig werdenden Forderungen an den Erben, sowie die eigenen Schulden des Legatars kompensiren. Der Zeitpunkt, wo die Kompensation hier wirksam wird, ist im ersten Fall die Fälligkeit der zu kompensirenden Forderung, im zweiten für die schon bei Lebzeiten des Erblassers fälligen der Zeitpunkt seines Tods, und für die nachher bis zur Benachrichtigung fällig gewordenen, der der Fälligkeit, im letzten endlich der Zeitpunkt der Benachrichtigung. Ist der Erbe, der das Vermächtniss zu entrichten hat, nur Theilerbe, so können die nach des Erblassers Tod erst fällig gewordenen Schulden desselben auch wider den Legatar nur zu dem Theil in Gegenrechnung gebracht werden, den der Erbe zu vertreten hat[15].

Eine besondere Berücksichtigung bedarf hierbei ferner der Fall, wenn Jemand in Konkurs gerathen, der Gläubiger und Schuldner eines Anderen ist. In der Konkurseröffnung nämlich gehen mit der ganzen Vermögensmasse auch die aussenstehenden Forderungen wie durch Cession an die Gläubigerschaft über, welche in deren Geltendmachung der Massekurator vertritt[16]; ferner kann die Masse während

S. 223 f., scheint mir völlig unhaltbar, denn wenn er namentlich davon ausgeht, es komme darauf an, ob des Cedenten betagte Forderung, dessen Schuldner schon exigible Gegenforderungen habe, jemals eine klagbare werden könne, dieses aber sei darum zu verneinen, weil, sobald sie fällig werde, sie durch die entgegenstehende des *debitor cessus ipso jure* aufgehoben werde, so bekenne ich, dass ich diesen Grund mit den übrigen Ansichten Fuhr's (bes. S. 117.) nicht zu vereinigen weiss; er ist durch und durch unrichtig. — Bei mehrmals wiederholten Cessionen können also dem Gläubiger, welcher endlich die Forderung geltend macht, die Gegenforderungen wider alle seine Vorgänger, welche bis zu dem gedachten Zeitpunkt bei den verschiedenen Cessionen fällig geworden sind, entgegengesetzt werden. Vgl. Dernburg a. a. O. S. 388., welcher das im Text enthaltene Erforderniss, dass die cedirte Forderung fällig gewesen, nicht statuirt, sondern auch gegen nicht fällig gewesene cedirte Forderungen, wenn der Termin zu Gunsten des Schuldners gegeben war, die Kompens. der schon früher exigibeln Forderung des letzteren an den Cedenten wider den Cessionar zulässt, „weil der *deb. cessus*, wie das Recht (vor der Zeit) zu zahlen, auch das, zu kompensiren, gehabt habe, welches ihn nicht mehr entzogen werden könne, indem sich der Cessionar nicht auf den blos zu Gunsten des Schuldners gegebenen Termin berufen könne". Dies scheint mir darum nicht überzeugend, weil, so lange der Schuldner eine solche ihm also in der Regel nachtheilige Erklärung nicht abgegeben hat, er das doch auch wirklich nicht gewollt hat, der blossen vorhanden gewesenen Möglichkeit dazu aber, wenn sich später ergiebt, dass er wohl daran gethan haben würde, sie auszuüben, eine Rückwirkung nicht mehr beigelegt werden kann, nachdem die Person des Gläubigers gewechselt hat. Vergl. Mühlenbruch Cession S. 598. 140 g).

[14] So z. B. bei verpfändeten Forderungen, oder dann, wenn überhaupt Jemand eine *a. utilis* aus dem von einem Anderen kontrahirten Geschäft unter solchen Umständen anstellen kann, dass die Forderung auf ihn übergegangen, nicht als ursprünglich für ihn (wie beim Mandat) erworben erscheint.

[15] Vergl. Krug §. 67.

[16] Da natürlich hierfür sich keine Quellenzeugnisse finden, so können die in diesem Gebiet entstehenden Fragen nur mit Berücksichtigung der allgemeinen Grundsätze beantwortet werden. Vergl. Dabelow Lehre vom Konkurs S. 685 ff. Krug a. a. O. §§. 68. 69. und Hartter a. a. O. S. 65. und die bei diesen Gen. Der Hauptgesichtspunkt ist die Analogie der Cession, welche namentlich ebenfalls eine Bekanntwerdung an die Schuldner, wie die *denunciatio* bei der wirklichen Cession, er-

der Verwaltung in den Fall kommen, wie eine Person Gläubiger oder Schuldner zu werden, deren Obligationen dann von denen des Gemeinschuldners zwar zu unterscheiden sind, andererseits aber mit demselben Vermögensbestand in aktiver oder passiver Hinsicht in Berührung treten, woraus die Konkursschulden befriedigt werden sollen. Hierdurch gestalten sich für die Kompensation folgende eigenthümliche Verhältnisse:

a) In Bezug auf die Forderungen und Schulden des Gemeinschuldners an dieselbe Person tritt durch die Konkurseröffnung ein Ereigniss ein, welches die Grundlage und Voraussetzung zu einer relativen Befriedigung der Schulden des ersteren wird, zu welcher das gesammte Vermögen desselben, also auch die ausstehenden Forderungen verwendet werden. Die Forderungen an den Gemeinschuldner verlieren hierdurch nicht nur möglicherweise an ihrem effektiven Werth, indem sie entweder nur procentmässig befriedigt werden können, oder ganz leer ausgehen, sondern auch abgesehen hiervon können sie nicht willkührlich exequirt und realisirt werden, indem dies von der Ausschüttung der Masse abhängt. Dagegen kann die Konkurseröffnung nicht nur auf die bis dahin schon eingetretenen Gründe der Aufhebung der Forderungen des Gemeinschuldners keinen Einfluss äussern, sondern es muss auch, um die dadurch eintretenden Veränderungen zur Wirksamkeit gelangen zu lassen, der Schuldner des Gemeinschuldners davon Kenntniss erlangt haben, indem er ohnedies jenen fortwährend als seinen Gläubiger betrachten und behandeln darf, da er nach Analogie der hier eingreifenden Regeln von der Cession nicht früher zu der Gläubigerschaft in ein festes Rechtsverhältniss tritt. Dies vorausgeschickt, ergeben sich nun, sobald von Seiten der Konkursverwaltung wider einen Schuldner, der zugleich Gläubiger ist, Forderungen geltend gemacht werden, für die Kompensation folgende Regeln: aa) soweit der Grund dazu schon eingetreten war, bevor er von der Konkurseröffnung Nachricht erhielt, kann er dieselbe als bereits eingetreten geltend machen, also namentlich wider die früher schon fällig gewesenen die eigenen fällig gewesenen Forderungen. Waren nur letztere schon früher fällig, nicht aber die eigenen Schulden, so ist dem Betheiligten, in sofern ihm deren Zahlung auch schon vor dem Verfalltag freisteht (s. §. 91. Anm. 17.), gestattet, bis zu jenem Zeitpunkt seinem Gläubiger zu erklären, dass er auf die Frist verzichte und die Aufhebung der gegenseitigen Forderungen durch Gegenrechnung als geschehen annehme [17]. Was hier von ursprünglich selbst kontrahirten Forderungen gilt, gilt auch von denen, welche bereits vor demselben Zeitpunkt durch Cession oder wie sonst ein Schuldner erworben, sobald der Schuldner aus jenen (der nachherige Gemeinschuldner) davon unterrichtet worden, und so ein Verhältniss zwischen ihm und jenem hergestellt worden ist [18]. Gegen seine Schuld, gleichviel wann sie fällig

fordert, um dieselben mit der Gläubigerschaft als nunmehrigem Gläubiger in ein festes Verhältniss zu setzen, s. Krug S. 177. [407]. Vergl. jetzt auch Dernburg a. a. O. S. 394.

[17] Vgl. Krug S. 181. auch wegen bedingter Forderungen, und unter diesen über Kompensation der Pachtgelder auf die Pachtkaution, wenn der Verpächter in Konkurs gerathen ist, worüber Streit herrscht. Sie ist dem Pächter am Ende der Pachtzeit gestattet, indem er sie unter der Bedingung zurückfordern kann, dass er seine Obliegenheiten erfülle, und diese dadurch erfüllen kann, dass er den letzten Pachtrest darauf rechnet. Vergl. Dernburg S. 395 ff.

[18] Soweit hiernach Kompens. zulässig ist, braucht der Schuldner als Gläubiger seine Forderungen beim Konkurs nicht anzumelden; in wiefern er es eventualiter der Vorsicht wegen doch thun will, bleibt ihm überlassen. Vergl. Krug S. 182 f. Auch steht demselben frei, welche von mehreren kompensabelen Forderungen er als getilgt annehmen will.

geworden, kann der Schuldner ferner in Gegenrechnung stellen, was er als Massegläubiger zu fordern hat, sobald dieses nur fällig ist, indem seine Befriedigung in sofern keinem Zweifel unterliegt, die Zahlung seiner Schuld aber dieselbe Masse nur vermehren könnte, aus welcher ihm jene wiederum zu Theil werden muss. Andere Forderungen endlich, also alle diejenigen, mit welchen ein Gläubiger am Konkurs Theil nehmen muss, wenn er darin Befriedigung finden will, kann er gegen eigene Schulden nicht schlechthin kompensiren, sondern nur dann, wenn von ihnen bereits feststeht, dass und zu welchem Betrag sie zur Befriedigung gelangen, regelmässig also erst nach dem Distributionsbescheid, ausnahmsweise aber früher, in sofern nach der Praxis Zahlungen auf Abschlag oder im Voraus, namentlich auf bevorzugte Forderungen, soweit sich voraussehen lässt, dass sie bei der Vertheilung der Masse Befriedigung erhalten werden, vorzukommen pflegen [19].

bb) Wenn ein Gläubiger erst nach eröffnetem Konkurs Schuldner des Gemeinschuldners geworden ist, so kann er gegen diese seine Schuld fällige Masseforderungen und angemeldete Konkursforderungen unter der so eben vorher gedachten Voraussetzung immer in Gegenrechnung bringen, andere aber, also ohne diese Voraussetzung überhaupt, nur dann, wenn sie sowohl, als die der Konkursmasse gehörig gewordenen Forderungen vor der ihm zu Theil gewordenen Kunde von der Konkurseröffnung fällig geworden, oder er wenigstens von seinem Recht, als Schuldner früher zu zahlen, bis dahin, Gebrauch machen zu wollen, erklärt hat [20].

b) Wider Masseforderungen an ihn kann der angegriffene Schuldner seine Masseforderungen und seine angemeldeten Konkursforderungen, soweit sie nach den unter a., I, a. E. gedachten Voraussetzungen zahlbar sind, in Gegenrechnung bringen [21].

c) Wenn umgekehrt, als bisher angenommen worden, ein Gläubiger gegen die Konkursmasse auftritt, welcher zugleich deren Schuldner ist, so können seine Schulden jeder Art, seien sie schon dem Gemeinschuldner oder erst der Masse zuständig geworden, gegen ihn kompensirt werden.

5) Ein Solidarschuldner kann aus der seinem Mitschuldner zuständigen Forderung wider den Gläubiger keinen Kompensationsgrund hernehmen, ausgenommen dann, wenn er mit seinem Mitschuldner in einem Gesellschaftsverhältniss steht. Der Schuldner mehrerer Solidargläubiger kann, von einem angegriffen, gegen diesen niemals aus Forderungen an einen anderen kompensiren. Dagegen kommt die von einem der ersteren oder wider einen der letzteren durchgesetzte Kompensation den und wider die anderen immer zu Statten [22].

[19] S. dens. S. 183 f.

[20] S. Schweppe Konkurs S. 64. Dabelow a. a. O. S. 537 ff. ist a. M., indem er annimmt, dass die neu entstandenen Forderungen nicht ohne Weiteres an die Masse übergehen, vorausgesetzt, dass der Schuldner von der Konkurseröffnung Kunde erhält, sondern, dass der *curator bonor.* erst die Forderung okkupirt und jener dieses erfahren haben müsse. Krug a. a. O. S. 184 f. und S. 178. entscheidet sich nicht zwischen beiden Ansichten; ich halte die erstere als die konsequentere für richtiger. Letzterer macht dagegen mit Recht darauf aufmerksam, dass eine Ausnahme dann eintreten müsse, wenn, wie bei grossen Konkurswesen wohl vorkommt, dem Kridar gestattet wird, ein Geschäft fortzuführen, wobei er Kredit nöthig hat, wonach eine Art von Separation entsteht, so dass die daraus entspringenden Activa nicht gleich wieder zur Konkursmasse gezogen, sondern vielmehr mit Passivis gleicher Art müssen kompensirt werden können, indem die Disposition darüber als dem Kridar zuständig nach dem Willen des Gläubiger-Corps angenommen werden muss.

[21] S. dens. S. 186.

[22] Ueber den ersten dieser drei Sätze s. 1) §. 89. II. C. z. A. 2) wegen der Ausnahme s. fr. 10. *de Duob. reis.* Der zweite Satz ist eine nothwendige Folge des ersten, und nur

6) Der Bürge kann nicht nur aus eigenen Forderungen wider den Gläubiger kompensiren, sondern auch aus solchen des Hauptschuldners [23].

7) Wider den Vater, welcher aus einer von dem in seiner Gewalt stehenden Kind eingegangenen Obligation klagt, kann die aus derselben entspringende Gegenforderung, und zwar nicht blos, wie bei der *actio de peculio*, in der Beschränkung auf den Betrag des Sonderguts, in Gegenrechnung gebracht werden, andererseits aber kann das Kind, wenn es verklagt wird, mit Genehmigung des Vaters, oder nach geleisteter Sicherheit wegen derselben, alle diesem gegen den Kläger zuständigen Forderungen ohne Unterschied zur Kompensation benutzen [24].

2. Die Forderung, welche wider eine andere, von welcher also vorauszusetzen ist, dass sie fällig und geltend gemacht sei, oder dass der Schuldner aus ihr wenigstens sie vorher erfüllen könne, und diese Absicht erkläre [25], kompensirt werden soll, muss folgende Eigenschaften an sich tragen:

1) sie muss vollständig wirksam sein; dazu ist nicht durchaus erforderlich, dass sie klagbar sei, sondern es ist gerade eine Hauptwirkung mancher nicht klagbarer (s. §. 82. Anm. 12. und 19.), sie mittelst Kompensation geltend machen zu können [26]. Auch darf der zu kompensirenden Forderung, vorausgesetzt, sie würde klagbar gemacht, keine Exception, hier also diese in der Form einer Replik oder Duplik, sei es auch nur wegen Klaglosigkeit derselben, soweit nicht gerade solchen Forderungen, wie eben gedacht, ausdrücklich die Wirksamkeit im Weg der Kompensation beigelegt ist, entgegenstehen [27]. Eine solche Forderung, deren wegen

eine Anwendung des ihm zu Grunde liegenden Princips. Der dritte ist ausdrücklich ausgesprochen in fr. 4., *Qui potiores*, weil in der anerkannten und erfolgten Kompensation eine Befriedigung liegt. Besondere Fälle sind die in §. 89. Anm. [23] erörterten auf dem Regress beruhenden. — Vergl. auch Krug §. 63. Ueber Kompensation in Verbindung mit Gesellschaftsschuldverhältn. s. Dernburg S. 399. und bei Korrealverh. S. 407.

[23] Fr. 4. 5. *h. t.* fr. 32. *de Fidejuss.* Ist der Hauptschuldner in Konkurs gerathen, so kann sich der Bürge auf die Forderung des letzteren an den Gläubiger wider diesen gleichergestalt berufen, wie dies dem Konkursvertreter gegen die Liquidanten zustehen würde. Wenn der Bürge *donandi animo* intercedirt hat, so soll er nach Krug's Ansicht S. 159. auf Forderungen des Hauptschuldners sich nicht berufen können, allein beides steht ausser Zusammenhang; nur dann fällt die Kompens. weg, wenn er für diesen unter Umständen eingetreten ist, wo derselbe nicht mit Erfolg hätte belangt werden können; vergl. Fuhr a. a. O. S. 220. Dagegen bemerkt Krug S. 160. noch mit Recht, dass von dem dritten Pfandbesitzer gegenüber dem Pfandgläubiger dasselbe wie vom Bürgen gelten müsse. Vergl. jetzt auch Dernburg S. 404 ff.

[24] Fr. 9. *h. t.* Im Uebrigen regelt sich die Zulässigkeit der Kompensation hier nach den Grundsätzen vom *Pecul.*, wonach dieses (*profectit.*) dem Vater selbst gehört, also er Gläubiger wird, und der *fil. famil.* darin nur sein Vertreter ist. Es bleibt also hier bei der Regel, während der Text nur die wirklichen Ausnahmen enthält. Vergl. Krug §. 61. Dernburg S. 409.

[25] Diese Alternative wird allerdings nur in besonderen Fällen praktisch sich äussern können, s. vorher im Text über die im Konkurs in Bezug hierauf eintretenden Möglichkeiten, indem regelmässig die Kompensation nur gegen eine andererseits wirklich schon geltend gemachte Forderung zur Anwendung kommt.

[26] Fr. 6. *h. t.* Die Hauptmasse, welche nach R. R. hierzu benutzt werden konnte, die *obl. ex nudis pactis*, die Forderung der Sklaven und die Forderung an sie nach erlangter Freiheit, sind freilich antiquirt. S. noch folg. Anm. Krug a. a. O. S. 117. hält alle Fälle für antiquirt, in denen eine *nat. obl.* zur Kompensation hätte benutzt werden können; s. indessen z. B. Bd. I. §. 17. Anm. [24] und Fuhr a. a. O. S. 144. Dernburg S. 437.

[27] Fr. 14. *de Compens.* Die nähere Bestimmung, mit welcher hier ein Einwand als schon hinreichend, um die Kompensabilität auszuschliessen, angedeutet wird, begreift also in sich, dass nicht nur nicht eigentlich zerstörliche, d. i. die Forderung ausschliessende Ex-

bereits Klage erhoben worden, kann ebenfalls in Gegenrechnung gebracht werden; in wiefern dann ihrer Verfolgung im ersteren Weg Anstand gegeben werden muss, hängt davon ab, ob dieselbe als absoluter oder nur als eventueller Vertheidigungsgrund benutzt worden ist [28].

ceptionen entgegenstehen dürfen, sondern, dass auch nicht aus einer Forderung kompensirt werden kann, die zwar als *naturalis* anzuerkennen ist, jedoch nicht von dem Grad, dass sie einen Kompensationsgrund herzustellen vermögte (s. §. 82. Anm. [19]), welcher also, wenn sie klagbar gemacht würde, nur der Einwand entgegenstände, dass sie nicht klagbar sei, nicht ein solcher, wonach die Obligation selbst als zerstört erschiene. Ohnedies nämlich würde allen *naturalib. obl.* ohne Unterschied die gedachte Wirkung verliehen werden, also auch denen, welche sie in der That nicht erhalten haben. Was nun von dem Einwand in der Form der Exception gilt, muss auch in den ferneren der Replik u. s. w. je nach den Umständen eintretenden gelten. Vgl. auch Krug §. 41. und Unterholzner S. 557. r), nur dass letzterer einen Zweifelsgrund aus der allgemeinen Fassung des fr. 6. *h. t.* für möglich erachtet, weil er Natural-Obl. mit verschiedenen Graden der Wirksamkeit nicht anerkennt, zu dessen Beseitigung er die Natur der Sache zu Hülfe nehmen muss, was ihn in einen Kreisschluss führt, und ausserdem mit seiner allgemeinen Auffassung des fr. 6. *d.* in Konflikt bringt. Dernburg S. 435.

[28] Fr. 8. *h. t.* Diese hier ausdrücklich anerkannte Bestimmung bietet für ihre Anwendung im Prozess einige Schwierigkeiten dar; es fragt sich nämlich, was aus dem ersten Prozess werden soll? Hasse im Archiv Bd. VII. S. 169. nimmt an, dass der Kompensant, um nicht wegen des doppelten Wegs der Rechtsverfolgung in Widerspruch zu gerathen, die Klage fallen lassen könne; dagegen erinnert Hartter a. a. O. S. 214. daran, dass dies dem Kläger nicht willkührlich freistehe, sondern der Verklagte auf Fortsetzung des Prozesses bestehen könne, — doch ist das nur in der Beschränkung richtig, welche in Bd. I. S. 324. Anm. dafür nachgewiesen worden ist. Bei Aelteren, z. B. bei *Brunnemann Comm. ad l.* 8. *D. de Compens.* findet sich die Bemerkung, dass beide Prozesse gemeinschaftlich neben einander fortgeleitet und entschieden werden sollen; in dieser Allgemeinheit aber erscheint der Satz willkührlich u. unbrauchbar. Krug §. 94. giebt die Hasse'sche Bemerkung zwar als richtig zu, „aber nur für den Fall, wenn der Anspruch, wider welchen man mit der bereits klagbar gemachten Forderung kompensiren wolle, eingeräumt werde, und schon zu der Zeit, wo die erste Klage angebracht wurde, vorhanden gewesen sei. Sei er später entstanden, so brauche der erste Kläger, auch wenn er den gegen ihn erhobenen Anspruch einräumen müsse, und dieser seinen eigenen völlig absorbire, der früheren Klage nur gegen das Versprechen, dass ihm bei geführtem Beweis seiner Einrede die Kosten des ersten Prozesses erstattet werden sollen, zu entsagen, weil er auf diese ein Recht habe, wenn seine Forderung gegründet sei. Sei hingegen die zweite Klage geleugnet, so könne er eventualiter die selbst geklagte Forderung compensando vorschützen, und daneben, für den Fall, dass der Kläger nicht beweise, oder seine übrigen Exceptionen durchgreifen, den ersten Prozess zu Ende führen.“ Bei der ersten Unterscheidung Krug's greift wieder seine Grundansicht von der in der Kompensation liegenden Nothwendigkeit zur Selbstbezahlung ein; mir scheint aber die ganze Ansicht auf keiner sicheren Grundlage zu beruhen und, soviel ich finde, nach einer solchen noch nicht gestrebt worden zu sein. Auch hier kann ich natürlich den Gegenstand, als einen rein prozessualischen, nicht vollständig erörtern, sondern nur die Grundzüge zu seiner Behandlung nach meiner Ansicht darlegen. Erwägt man zuerst fr. 8. *d.* an sich und für den Prozess seiner Zeit gedacht, so ist darin offenbar eine Ausnahme von der prozessualischen Konsumtion der Litis Cont. enthalten; dafür erkennt sie auch Keller Litiskont. S. 102. an. Ist nun aber die Stelle davon zu verstehen, dass der erste Prozess noch anhängig oder nur liegen geblieben war? (denn wäre er entschieden worden, so würde die *exc. rei judicatae* weitere Fragen erledigen). Es ist möglich, dass das letztere gemeint sei, aber nicht gewiss, daher muss auch das erstere als möglich vorausgesetzt werden, und in der That denken wenigstens die Neueren immer ausdrücklich und ausschliesslich an diesen Fall. Der Einfluss nun auf den ersten Prozess, wenn die geklagte Forderung auch zu einer Kompensation benutzt worden, und auf seine fernere Fortführung wird sich nur durch Vermuthun-

2) Dieselbe muss fällig sein, denn nur die Leistung einer solchen kann gefor-

gen ahnen lassen, die zu unsicher sind, als dass es räthlich sein könnte, sie zu verfolgen, zumal es an zuverlässigen Anknüpfungspunkten zwischen dem römischen und dem heutigen Prozess fehlen würde. Berücksichtigt man hingegen die Veränderungen im späteren röm. Prozess, so folgt mit Nothwendigkeit, dass der Inhalt des fr. 8. *d.* bei seiner Aufnahme in das Corp. Juris, indem sich nach Wegfall der prozessualischen Konsumtion (s. §. 33. Anm. [6] und §. 34. Anm. [10]) die Ausnahme, welche es ursprünglich enthielt, von selbst erledigt hatte, in einem anderen Charakter erscheinen müsse. Dies kann kein anderer als folgender gewesen sein. Der allgemeine und an sich nothwendige Grundsatz, dass jede zur gerichtlichen Verhandlung gebrachte Streitsache nicht gleichzeitig zum Gegenstand eines zweiten Verfahrens gemacht werden solle, dessen Inhalt und Zweck die frühere *novatio necessaria* begriff und erreichte, hatte einen mehr blos prozessualischen Charakter angenommen, wenn auch das eingewurzelte Andenken an die Konsumtion ihm noch manches dieser Eigenthümliche erhielt. (Vgl. Planck Mehrheit der R.-Streitigk. §. 2—4.) In Bezug auf diesen Grundsatz erscheint jetzt fr. 8. *d.* als eine Modifikation, über deren Einfluss auf die weitere Gestaltung der Dinge im ersten Prozess das justinianeische Recht jedoch ebenso wenig Auskunft giebt. Auch im gemeinen deutschen Prozess findet sich darüber keine direkte Antwort, sondern es ist folgender Umweg einzuschlagen. Der gedachte Grundsatz, welcher schon im mittelalterlichen Prozess als ein prozessualischer sich darstellt, hat in diesem namentlich den Begriff der Rechtshängigkeit ausgebildet und damit in Verbindung gebracht (s. Planck a. a. O. 282 ff. und die dort Gen.). Diese geltend zu machen, ist ein Partheirecht, und darauf kann also der Berechtigte verzichten, was durch Schweigen bei der Einlassung auf den zweiten Prozess über denselben Gegenstand ohne weitere Bemerkung wegen des ersten geschehen kann. „Nur lasse der wissentliche neue Beginn desselben Streits, sagt Planck a. a. O., von Seiten des Klägers keine andere Auslegung zu, als dass er den früheren Streit aufgeben wolle; und in der Einlassung auf diesen ohne Weiteres erkläre der, welcher von Neuem verklagt worden, dass er seine Rechte aus dem früheren aufgeben wolle. Denn von beiden Theilen lasse sich vernünftiger Weise annehmen, dass sie nicht einen doppelten Prozess führen wollten. Einseitiges willkührliches Fallenlassen der ersten Klage sei hingegen nach der Litis Cont. nicht mehr möglich. (S. auch schon Bd. I. S. 324. Anm.) Jedoch müsse der Verklagte, welcher einem solchen Fallenlassen widerspreche, es nicht nur bei dem Vorschützen der Einrede der Rechtshängigkeit bewenden lassen, sondern den früheren Prozess auch wirklich, also nöthigen Falls einseitig *in contumaciam*, fortsetzen.“ Alles dieses ist allerdings nur auf ein neues Anbringen derselben Klage berechnet, und ob diese Regeln, deren Richtigkeit nicht zu bezweifeln ist, auch auf den Excipienten (da *reus excipiendo actor fit*, und *agere etiam is videtur qui utitur exceptione*), anwendbar sei, und ob unverändert, oder welchen Einfluss namentlich der im deutschen Prozess ausgebildete Eventualcharakter der Exceptionen ausübe, das steht eben für unseren Ausnahmefall wieder in Frage. Gewiss ist nun vor Allem, dass unter den Gestaltungen und Voraussetzungen, wo nach dem Bisherigen das Anbringen einer neuen Klage wegen einer schon klagbar gemacht gewesenen Forderung für zulässig zu erachten ist, dieselbe um so mehr in der Form der *exc. compens.* benutzt werden dürfe. Unsere Frage aber zerfällt bei genauerer Erwägung in die: 1) kann ein Kläger willkührlich die auf eine Forderung gerichtete Klage fallen lassen, um dieselbe, selbst vom Schuldner verklagt, nunmehr compensando zu benutzen? 2) Geschieht es hierdurch stillschweigend? 3) Muss er sie fallen lassen, oder kann er beide Prozesse neben einander fortsetzen? — Die erste Frage ist nach m. E. eben wegen fr. 8. *d.*, wie wir dasselbe unter der Konstellation unserer heutigen Prozessgrundsätze gewiss, sehr wahrscheinlich aber auch schon für den justin. Prozess, auffassen müssen, nämlich als eine auf die Kompens. berechnete besondere Regel, welche sich nicht von selbst verstehen, ohne welche vielmehr die Benutzung einer schon geklagten Forderung zur Kompens. nur in den gedachten Gestaltungen möglich sein würde, zu bejahen; denn wenn nicht diese, welche Bedeutung will man sonst dem fr. 8. *d.* beilegen? Dasselbe spricht diese Befugniss ohne Beschränkung zu; es muss also, in sofern die Anhängigkeit der Klage als ein Hinderniss erscheinen könnte, deren willkührliches Fallenlassen gestattet sein, wenn die

dert werden, es sei denn, dass die Forderung im Interesse des Gläubigers nur

Stelle überhaupt einen eigenthümlichen Werth behalten soll. Der für die dritte Frage nachher gedachte Unterschied, ob die *exc. comp.* absolut oder nur eventuell vorgeschützt worden, ist für die Frage von der Möglichkeit des Fallenlassens der Klage für den Kompensanten ohne Bedeutung; denn er würde, wenn er es im zweiten Fall thut, nur mehr thun, als er vielleicht nöthig hätte. Das aber kann daneben keinem Zweifel unterliegen, dass der Kompensant dem Verklagten wird die Kosten des ersten Prozesses erstatten müssen; denn an ihm liegt es, dass dieser liegen bleibt, und ihm zum Nutzen ist es möglich gemacht. Hier wird denn also gegen den Grundsatz von der Unzulässigkeit eines gleichzeitigen zweiten Verfahrens gar nicht angestossen. Die zweite Frage kann den Umständen nach, welche der Interpretation anheimfallen, im Einzelfall zu bejahen sein; das Weitere darüber kann sich erst aus der Antwort auf die dritte ergeben. Für die dritte wird Folgendes entscheidend. Bei der Vertheidigung wider eine Klage kann von der Kompensation sowohl ein absoluter Gebrauch gemacht werden, d. h. mit anderen Worten, wenn der Verklagte die geklagte Schuld zugesteht und seine ganze Vertheidigung ausschliesslich in die Kompensation setzt, als auch ein nur eventueller. Im ersten Fall ist also auch das Zugeständniss der geklagten Schuld von Seiten des Kompensanten vorausgesetzt. Unter diesen Umständen nimmt der zweite Prozess, wenn sonst nicht die Verschiedenheit der Summen es verhindert, d. h. die in Kompensation gestellte die andererseits geklagte übersteigt, den Gegenstand des ersten völlig in sich auf, so dass die Entscheidung darüber im zweiten sicher zu erlangen ist, wollte auch z. B. der Kläger in diesem ihn fallen lassen. Will aber der Verklagte (der Kläger im ersten Prozess) diese Entscheidung im Weg der Kompens. herbeiführen, was, wie gesagt, nach fr. 8. *d.* ihm freisteht, so muss er auch den ersten Prozess aufgeben und die Klage fallen lassen, und dies ist sogar, weil er sonst in den logischen Widerspruch gerathen würde, zweimal dasselbe erlangen zu wollen, als stillschweigend durch den Gebrauch der *exc. comp.* erklärt anzunehmen. Auch hier aber finde ich keinen Grund, den Kompensanten von der Verpflichtung freizusprechen, seinem Gegner die Kosten des Prozesses zu ersetzen, indem er gar nicht nöthig hätte, diesen fallen zu lassen, um zum Ziel zu gelangen. Jene Nothwendigkeit nun wird, wenn die betreffende Erklärung nicht freiwillig erfolgt ist, dadurch herbeigeführt, dass der Kompensant der von Seiten des Klägers vorgeschützten Replik der Streithängigkeit der kompensirten Forderung eine Duplik entgegensetzen muss, die dann keine andere sein kann, als die Erklärung, dass er seine frühere Klage fallen lasse. Uebersteigt aber die Summe der letzteren die geklagte Forderung, so braucht sich das Fallenlassen der ersten Klage natürlich nur bis auf diese zu erstrecken, während der Fortsetzung des ersten Prozesses auf den Rest nichts entgegensteht. — In dem obgedachten zweiten Fall hingegen, also, wenn von der Kompensation in irgend einer Weise ein eventueller Gebrauch gemacht wird, wohin auch das Vorschützen mehrerer Exceptionen gehört, unter welchen die Kompensation den letzten Platz einnehmen muss, gleich der der Zahlung, indem alle übrigen schon vor ihr wirksam werden müssen, wenn sie sonst Wirkung haben, ist bis zum Eintritt der Eventualität kein Grund vorhanden, den ersten Prozess fallen zu lassen. Die Replik der Streithängigkeit hat also auch hier nur eine eventuelle Wirksamkeit und dieser würde dann die obgedachte Duplik in gleicher Weise wieder entgegentreten. Es können also beide Prozesse nebeneinander fortgehen. Sobald dann die kompensirte Forderung im ersten als Klageobjekt zuerkannt, — der entgegengesetzte Fall ist hier nicht in Frage — oder im zweiten darauf hin der verklagte Kompensant freigesprochen wird, erwächst daraus für den Gegner ein neuer zerstörlicher Einwand, resp. im ersten oder im zweiten Prozess, wie bei geleisteter Zahlung, um entweder von der Zahlung im ersten frei zu werden, oder die Abweisung im zweiten abzuwenden. Sollte der wohl sehr seltene Fall eintreten, dass beide Entscheidungen gleichzeitig erfolgen, so würde ganz gewiss wider die Verurtheilung im ersten bei der versuchten Exekution die Abweisung im zweiten, gleich der geleisteten Zahlung geltend gemacht werden können. Ein Widerspruch endlich in der Entscheidung über die fragliche Forderung in beiden Prozessen (Abweisung der kompensirten Forderung in dem zweiten und Verurtheilung in sie im ersten, oder umgekehrt) wird zwar so leicht nicht zu besorgen sein, aber auch damit verliert der

noch nicht fällig ist[29], dann kann er darauf verzichten und sie zur Kompensation gebrauchen[30].

3) Der Inhalt der gegen einander zu kompensirenden Forderungen muss gleichartig sein[31], d. h. es muss der Gegenstand jeder, wenn er dem Gläubiger geleistet würde, von diesem als Schuldner dem Gläubiger aus der anderen als Zahlung zurückgegeben werden können[32]. Hierüber ist Folgendes zu bemerken:

Kompensant wenigstens nichts; die Rechtskraft jedes Urtheils bestände dann für sich. — Dieselben Grundsätze müssen auch *mutatis mutandis* in dem Fall zur Anwendung kommen, wenn eine Forderung bereits compensando wider eine Klage vorgeschützt worden, und nun einer erhobenen neuen Klage entgegengesetzt wird. Zulässig ist natürlich die Kompensation hier auch unbedingt dann, wenn der erste Prozess sich auf irgend eine Weise ganz erledigt, und wenn die Gegenforderung so gross ist, dass sie die mehreren geklagten Forderungen deckt. Zieht man endlich der Vollständigkeit wegen noch die Frage in Betracht, ob und in wiefern umgekehrt der, welcher verklagt eine Forderung compensando geltend gemacht hat, dieselbe auch ausserdem noch mit Klage verfolgen könne, so ist die Einrede der Rechtshängigkeit nach demselben Unterschied, wie vorhergedacht, wirksam. Das bringt die Eventualnatur der Einreden mit sich, wonach auch deren Rechtshängigkeit eine nur eventuelle sein kann. Dies gilt denn auch im Fall einer mit der Exceptionsschrift verbundenen Widerklage auf eine kompensirte Forderung; d. h. sie kann ihre Wirksamkeit äussern sowohl rücksichtlich eines Ueberschusses der kompensirten Forderung über die geklagte, als rücksichtlich deren Betrags überhaupt auf den Fall, dass der Kläger aus anderen Gründen als wegen der Kompensation abgewiesen wird.

29 *Gai.* IV. §. 67. fr. 7. pr. 22. *h. t.* Ist für eine fällige Forderung nur *humanitatis gratia* noch ein Anstand gestattet worden, so hindert das die Kompensation nicht, fr. 16. §. 1. *h. t.* und daraus ist zu schliessen, dass Moratorien richterliche Zahlungsfristen und *benef. compet.* ebensowenig entgegenstehen; s. Neustetel und Zimmern römisch recht. Unters. Nr. 12. Stundungsverträge sind nicht hierher zu zählen, wohl aber blosse Nachsichtsverträge. Die Benutzung künftiger Forderungen, um Kautionen für sie zu verlangen, kommt nicht weiter in Betracht. Dass ein solches Verlangen zur Kompensation benutzt werden kann, glaubt Krug §. 38., allein unrichtig, s. Fuhr a. a. O. S. 140. Bedingte Forderungen sind vor Eintritt der Bedingung nicht fällig, daher können sie natürlich erst von diesem an zur Gegenrechnung benutzt, und nachmals die Kompensation dann als eingetreten betrachtet werden, indem hierin die sonst rückwirkende Kraft der Bedingungen nichts ändern kann. Resolutivbedingungen bei Obl. hindern die Kompensation natürlich nicht. Vergl. Dernburg S. 429 ff.

30 S. Anm. 61.

31 *Ejusdem generis et naturae* sagt *Gaius* IV. §. 66., auch das *ex pari specie* in *Paul. R. S.* II. 6, 3. ist so zu verstehen. S. Dernburg S. 411 ff.

32 Vergl. fr. 8. pr. *de Doli exc.* fr. 173. §. ult. *de R. J.* Es entsteht die Frage, ob hiernach Kompensation dann möglich ist, wenn eine Klage *ex impari specie* auf Geld, also auf das Interesse gerichtet wird, oder, wenn nach der Verurtheilung auf den geklagten Gegenstand sich die Exekution auf Geld richtet? Wahrscheinlich hat Mühlenbruch §. 471. c, (vergl. dens. Cession, S. 598. 149) dieselbe, mit der Absicht, sie zu bejahen, vor Augen, wenn er für das Erforderniss der Gleichartigkeit der Forderungen überhaupt hervorhebt, dass dabei nicht das ursprüngliche Objekt der Forderung, sondern nur das der Verurtheilung in Betracht komme (wobei jedoch der c. ult. *h. t.* ein mir nicht erklärlicher Bezug beigelegt wird); doch ist dieser so gefasste Gegensatz unklar, indem nach justin. R. wenigstens schon darauf verurtheilt werden sollte, worauf geklagt wird, s. §. 90. z. A. und vergl. §. 83. Anm. 2, und daher richtiger in obiger Frage ausgedrückt. Es können dieser Frage folgende Bedenken entgegengehalten werden: 1) wenn man sie bejahe, so verschwinde für den älteren röm. Prozess das Erforderniss der Gleichartigkeit ganz, indem nach diesem immer nur auf Geld habe geklagt werden können; auch sage ja *Gaius* IV. §. 66. ausdrücklich, dass nicht *triticum cum vino* oder *pecunia* kompensirt werden könne u. s. w. Hiergegen ist jedoch zu berücksichtigen, dass in dieser Stelle die Gleichartigkeit nur in der Weise mit der Kompensation als erforderlich in Verbindung gedacht ist, wenn diese schon vor Ausbruch des Prozesses eingetreten und wirksam geworden sein soll. Für Fälle dieser

a) Diese Eigenschaft trifft vor Allem bei Leistungen fungibler Sachen von gleicher, oder rücksichtlich der in Kompensation gebrachten von besserer Beschaffenheit zu, namentlich bei Geldzahlungen, soweit mit der Geldsorte, worüber die zu kompensirende Forderung lautet, oder zu verstehen ist, die anderseitige bezahlt werden könnte[33].

b) Ferner, bei Leistungen, deren Inhalt nur der Gattung nach bestimmt, sobald übrigens deren Beschaffenheit als gleich vorauszusetzen oder bestimmt ist, oder die der in Kompensation gebrachten besser und dem Gegner vortheilhafter ist, und die Wahl dem angegriffenen Schuldner zusteht[34]. Aus der letzten Voraussetzung folgt

Art, also die gewöhnlichen und zahlreichsten, besteht das Erforderniss unangetastet, und wenn daneben, sobald auf das Interesse geklagt ward, dann also nothwendig nur Geld gefordert werden konnte, auch eine Gegenforderung in Gelde kompensirt werden durfte, so ist damit das Erforderniss um so weniger überflüssig gemacht, als ja nicht alle Gegenforderungen Geld betreffen. Die Erwiderung, dass ja auch diese nur, betreffe sie, was sie wolle, auf das Interesse, also auf Geld gerichtet sein könne, würde zwar, wenn sie gegründet wäre, nur die zweite Hälfte der Widerlegung treffen, es ist aber für die Zeit des Formularprozesses zu bezweifeln, ob sich durch solches Hereinziehen einer wirklichen Gegenklage die *exc. doli* habe formuliren lassen, also wenn die Gegenforderung nicht auf eine bestimmte Summe schon feststand, Kompensation zulässig gewesen sei. Für die spätere Zeit muss, um dies gleich hier zu bemerken, seit c. ult. *h. t.* in Fällen der letztgedachten Art die Kompensation darum regelmässig als ausgeschlossen betrachtet werden, weil die Umständlichkeit der auf diese Weise erst zu ermittelnden Summe die Forderung als inkompensabel erscheinen lässt, s. im Text Nr. 4. und Anm. [68] 1). Es liesse sich 2) einwerfen, dass die solchergestalt klagbar gemachte Forderung nicht eher auf Geld als gerichtet erscheine, als bis der Kläger dieses im Interesse fordere, bisher also wenigstens eine Kompensation mit einer Geldforderung unmöglich gewesen sei, mithin darauf auch kein Bezug genommen werden könne. Indessen wird in den in Frage stehenden Fällen auch nicht das als geschehen unterstellt, sondern es kommt in ihnen gerade darauf an, ob nun erst durch die Verwandlung einer Forderung in eine Geldforderung die Voraussetzung zu einer jetzt noch wirksamen Kompensation gelegt werden könne? Es mögte in der That völlig an Gründen fehlen, die Eingangs gestellten beiden Fragen zu verneinen, da sich die Existenz der Voraussetzung der Gleichartigkeit der Forderung für die Kompensation nicht leugnen lässt. Natürlich aber ist dann auch der Zeitpunkt derselben erst mit der Erklärung, dass man kompensiren wolle, gleichzusetzen. Dieser Ansicht ist denn auch Unterholzner a. a. O. S. 559. 2. Vergl. Dernburg S. 419 ff.

[33] *Gai.* IV. §. 66. vergl. fr. 18. pr. *de P. A.* fr. 13. §. 2. *de Pignor.* Dieser Fall ist in der Regel den Quellenzeugnissen zu Grunde liegend zu denken, nämlich überall, wo nicht von anderen Objekten ausdrücklich die Rede ist. Ueber das Erforderniss der Gleichheit der Qualität oder Güte vergl. Krug §. 42 ff. Es kommt immer darauf an, ob der Kompensant mit dem Inhalt seiner Forderung seine Schuld bezahlen könnte, also nicht allein auf die Güte, sondern auch auf die Gleichheit der Sorte. Wer mithin z. B. schlechthin Rheinwein schuldet, kann unbedenklich eine Forderung Schloss-Johannisberger darauf kompensiren, nicht umgekehrt, Naumburger aber ebenso wenig wie Champagner. Bei den *oblig. generis* wiederholt sich dasselbe. Bei Geldforderungen entsteht die Frage, ob die Verschiedenheiten des Münzfusses und der Münzsorten, worin die gegenseitigen Forderungen geschuldet werden, ein Hinderniss der Kompensation seien? Nach m. E. muss dieselbe nach denselben Regeln beantwortet werden wie die, in welchen Münzsorten eine gewisse Schuld bezahlt werden kann, s. §. 85.; betrifft die in Kompensation zu bringende Forderung im Vergleich zu der gegenüber geltend gemachten solche Geldsorten, so ist jene zulässig, anderen Falls nicht. A. M. Dernburg S. 414.

[34] Vergl. Krug §. 43. 44. Unterholzner S. 558. Nr. 2. und 4. Früher war auch das bestritten (vgl. folg. Anm.), jetzt scheint Einstimmigkeit darüber zu herrschen. S. übrigens noch Anm. [33]. Der Zweifel, welchen Fuhr a. a. O. S. 146. namentlich dagegen hegt, ob immer mit der besseren *species ex genere* gegen ein *genus*

dann hier, dass wider eine Leistung dieser Art auch die Forderung eines bestimmten Individuums aus der Gattung in Gegenrechnung gestellt werden kann, indem der Schuldner der ersteren dieselbe mittelst dieses Individuums, wenn er es schon hätte, befriedigen könnte; im umgekehrten Fall hingegen ist, weil dieses nicht möglich wäre, die Kompensation ausgeschlossen.

c) Ingleichen bei Leistungen, die eine und dieselbe bestimmte Sache [35], oder die solche mechanische Handlungen betreffen, welche, abgesehen von der Verschiedenheit der handeln sollenden Person, und diese vielmehr als gleichgültig vorausgesetzt, ein völlig gleiches Produkt liefern [36].

kompensirt werden könne, könnte höchstens darin einigen Grund finden, dass diese Auslegung des etwas unbestimmt gehaltenen Gegenstands der Schuld nicht absolut als die richtige angenommen, sondern eine andere als möglich nicht in Abrede gestellt werden könne; also z. B. wenn in einer Gegend am Rhein eine Obl. auf Leistung eines Fasses Wein entstanden wäre, so würde nicht ein andererseits schuldiges Fass Tokaier dagegen kompensirt werden können, indem wenn in einer Weingegend schlechthin Wein zu leisten ist, inländischer verstanden werden darf, und dieser u. U. dem Gläubiger, der darauf rechnen durfte, von grösserem Interesse sein kann, als ein anderer viel kostbarerer. Diese Beschränkung ist allerdings nicht zu leugnen, doch wird ein solcher Fall immer zu den Ausnahmen gehören; er ist im Text mit angedeutet.

35 In den Quellen kommt kein Beispiel der obigen Art der Kompens., sowie überhaupt diese nicht in Anwendung auf andere Fälle ausser *reb. fungibil.* und besonders Geld vor (s. nur Anm. [32]). Zu allen Zeiten ist man aber aus allgemeinen und besonderen Gründen weiter gegangen. Die wichtigste Frage ist die der *compens.* wider eine *obl. speciei*, indem die anderen zum grossen Theil davon abhängen. Krug §. 42. und 50. z. A. hält die Regel *species cum specie non compensatur* nicht nur für unbestreitbar und für so natürlich, dass sie theoretisch gewiss überall und zu jeder Zeit gegolten habe, sondern auch (S. 120. [257]) für in den Quellen gegründet, nämlich in *Gai.* IV. §. 66. *Paulus S. R.* II, 5. 3. fr. 5. *de Impens. in res dot.* fr. 18. pr. *de P. A.* fr. 13. §. 2. *de Pignor.* und c. 6. *de R. V.* Von allen diesen Stellen verneint, zuerst, keine einzige die Möglichkeit der *comp. ex oblig. speciei*, wie sie der Text voraussetzt. Der Inhalt der beiden ersten ist in Anm. [31] berücksichtigt; alle übrigen bis auf die letzte sagen nur, dass nicht mit Geld gegen ein *corpus* kompensirt werden könne (wegen der dritten s. Anm. [41]), und die letzte braucht den Ausdruck *comp.* in der allgemeinen Bedeutung von Ersatz und für einen gar nicht hierher zu ziehenden Fall, s. Anm. [1]. In der That scheint auch Krug nur diesen Fall oder den der Kompens. einer *species* mit einer anderen, den freilich Niemand bestreitet, vor Augen (s. noch S. 131.), und den im Text vorausgesetzten ganz übersehen zu haben, denn ich finde ihn nicht weiter berührt, obwohl er in dem Hauptsatz S. 120. „auf eine *obl. speciei* kann niemals kompensirt werden, weil nichts in der Welt ihrem Objekt gleich ist,“ als vorausgesetzt gefunden werden muss. Dieser Grund aber ist eben nicht wahr, weil jedes Objekt sich selbst gleich ist, und es sich hier faktisch nicht um zwei, sondern nur um ein Objekt handelt, und somit die auf dasselbe Objekt gerichteten gegenseitigen Forderungen Zweier kompensabel sein zu müssen scheinen. Aber ich weiss auch mit diesem Hauptsatz es nicht zu vereinigen, wenn er dennoch §. 44. die Kompens. einer *species* auf ein geschuldetes Objekt *ex genere* für zulässig hält, denn nach jener Behauptung müsste es auch hier an der erforderlichen Gleichheit fehlen, was freilich nicht der Fall ist. Die Kompensabilität solcher Forderungen wird auch neuerlich theils nirgends ausdrücklich geleugnet, vielmehr nur nicht erwähnt, s. z. B. Mühlenbruch §. 471., während sie den allgemeinen Voraussetzungen gemäs mitverstanden zu werden scheint, theils ganz ausdrücklich behauptet, s. z. B. Wening §. 246. (113. p)), Fritz Erl. dazu S. 405 f., Unterholzner a. a. O. S. 558. 1. und auch Hartter a. a. O. S. 133. vergl. mit S. 127. [3]. Uebrigens ist hier der Satz bei Anm. [52] nicht zu übersehen.

36 Fälle dieser Art werden selten sein, aber nicht unmöglich, nur wird freilich Ort und Zeit der Leistungen zusammentreffen müssen, wo es sich nicht um Herstellung einer Sache handelt; z. B. es hat Jeder dem Anderen aus demselben Forst zu derselben Zeit nach demselben Ort

d) Alternative Forderungen können, wenn die eine von mehreren gleichartigen Inhalts mit der gegenüberstehenden ist, dann zur Kompensation gebraucht werden, wenn der Gläubiger aus ihnen die Wahl hat; ausserdem nur dann, wenn andererseits ebenfalls eine alternative Forderung gleichen Inhalts geltend gemacht wird, aus welchen jener als Schuldner wiederum die Wahl hat[37].

Gleichgültig für den Begriff der Gleichartigkeit hingegen sind die Entstehungsgründe der gegenseitigen Forderungen[38], sowie die Nebenbestimmungen der Lei-

eine gleiche Zahl Malter Holz anzufahren. Vergl. auch Hartter S. 135 ff. und Unterholzner S. 559. d), und Heimbach im R.-Lexic. Bd. II. S. 730 f.

[37] Vergl. Unterholzner S. 561. Es sind hier folgende Möglichkeiten zu unterscheiden: 1) es klagt A. aus einer älteren Forderung gegen B., welcher eine einfache in einem von beiden Objekten gleichartige Forderung an A. hat. Hier unterliegt, da entweder B. selbst die Wahl hat, oder A. und letzterer dann schon gewählt haben muss, die Kompens. keinem Bedenken, sobald die Forderung gleichartigen Inhalts mit der des B. dadurch als geltend gemacht erscheint; es ist ganz wie bei einfachen Forderungen und bedurfte es daher keiner Erwähnung im Text. 2) Umgekehrt kann mit einer altern. Forderung gegen eine einfache in der im Text zuerst gedachten Art kompensirt werden. 3) Ferner, wenn zwei altern. Forderungen einander entgegenstehen, unter der im Text zuletzt gedachten Voraussetzung. 4) Endlich kann in demselben Fall, wenn diese Voraussetzung nicht zutrifft, vielmehr A. als Gläubiger aus der einen altern. Forderung die Wahl hat und klagt, B. aber ebenso aus der anderen die Wahl hat, letzterer daher natürlich ebenfalls einen Kompensationsgrund entnehmen, indessen ist das in der That nur wieder der zweite Fall, indem die vom Gläubiger A. nach der ihm zuständigen Wahl geltend gemachte eine von beiden altern. Forderungen wie eine einfache hervortritt. — Krug §. 46. 47. nimmt für alle diese Fälle an, dass entweder zwei Forderungen auf dasselbe *genus* einander entgegenstehen, oder die eine auf eine *species* aus demselben gerichtet sein müsste. Gewöhnlich wird das allerdings zutreffen, sobald man aber überhaupt annimmt, dass die Kompensabilität weiter reicht, s. im Text c, so ist auch die Möglichkeit der Kompensation bei einer Kombination anderer Forderungen zu alternativen nicht zu leugnen.

[38] Fr. 10. §. 2. *h. t.* c. 8. 10. (dazu Krug S. 190. Anm.) 11. *h. t.* s. auch *Paulus S. R.* II. 5. 3. Nach c. 14. pr. *h. t.* können auch Ansprüche aus Sachenrechten mit Forderungen kompensirt werden, sobald nur die übrigen Voraussetzungen zusammentreffen, indem der gegen eine bestimmte Person geltend gemachte Anspruch der ersten Art zu diesem Endzweck einer Forderung ganz gleichsteht. Sehr wahrscheinlich ist dieses eine neue Bestimmung Justinian's. (Vergl. Sintenis in der Zeitschrift Bd. XVIII. S. 30 ff. 1).) Sie hat aber zu einigen Meinungsverschiedenheiten Veranlassung gegeben. Während es nämlich als sich von selbst verstehend betrachtet werden darf, dass bei der Kompens. zwischen *in rem* und *in person. a.* das allgemeine Erforderniss der Gleichartigkeit des Inhalts zutreffen müsse, geht z. B. Hartter a. a. O. §. 23., indem er den Maasstab der Beurtheilung der Kompensation bei ersteren wegen der Neuerung Justinian's ganz der Doktrin überlassen will, soweit, dass er z. B. die Vindikation eines (also individuell bestimmten) Pferds mit der Forderung eines legirten Pferds überhaupt also *in genere*, für kompensabel hält. Das ist nun freilich schon darum nicht möglich, weil damit gegen jenes Erforderniss verstossen würde. Allein der Widerspruch gegen die gemeine Meinung, welche dahin geht, dass bei *in rem a.* Kompens. nur dann möglich sei, wenn sie auf Entschädigung gerichtet seien, also namentlich gegenüber geforderter *aestimatio*, z. B. gegen dem *fictus possessor*, oder den *fructibus consumtis* und dergl., (also wider sog. dingliche Forderungen, vergl. Hasse im Arch. Bd. VII. S. 181 ff. Bethmann-Hollweg Rhein. Mus. Bd. I. S. 272. Krug a. a. O. S. 132.) ist auch darum grundlos, weil dabei nicht mehr von Kompens. einer Forderung gegen die andere, (*crediti et debiti inter se contributio*) sondern gegen ein Sachenrecht oder zweier gegen einander die Rede ist. Um den Gegenstand, welcher mit *in rem a.* gefordert wird, auf eine Forderung behalten zu können, bedarf es erst der Uebertragung, also der Tradition, oder, das Faktum des Innehabens vorausgesetzt, einer Erklärung des bisherigen Eigenthümers in Bezug auf jene. S. noch Anm. [52]. — Ueber Krug's Ansicht wegen der *compens. delictorum* s. noch Anm. [1].

stungen, also auch die Verschiedenheit der Leistungsorte[39]. Ja, in einigen Fällen wird selbst die Gleichartigkeit nicht verlangt; da nämlich von Dem, wer Früchte herauszugeben hat, unter allen Umständen die auf deren Gewinnung verwendeten Kosten von jenen abgezogen, also in einem Theil derselben zurückbehalten werden können[40], und ähnlich die nothwendigen auf zur Mitgift gehörige Gegenstände verwendeten Kosten den Betrag jener vermindern[41], so ist darin auch ein Kompensationsgrund enthalten.

4) Die in Kompensation zu stellende Forderung darf, wenn sie nicht aus derselben Obligation, also einer gegenseitigen herrührt, im Vergleich zu der geklagten durch ihre Beweisführung dem Grunde wie der Summe nach nicht solche Weiterungen herbeiführen, dass dadurch eine unbillige Verzögerung der bereits klaren oder leichter und schneller bewiesenen Vorforderung eintritt. Soweit das nicht schon allgemeine Prozessregeln entscheiden, hat sich das richterliche Ermessen darüber zu verbreiten, und die in Kompensation gebrachte Forderung entweder ohne sie zum Beweis zu lassen, oder nach dessen Antritt, sobald der ohnedies reifen Entscheidung der Klage dadurch eine Verschleppung droht, noch zur besonderen Ausführung zu verweisen[42].

[39] Fr. 11. (*alter pecun. sine usuris*) 12. (*diversae usurae*) 15. *h. t.*; im letzteren Fall kommt dann das Interesse *loci* für den Schuldner in Betracht, nicht für den Kompensanten.

[40] S. §. 41. Anm. [31], von diesen heisst es: *intelliguntur deductis impensis.*

[41] Fr. 1. §. 2. fr. 5. pr. *de Impens. in res dotal.* c. un. §. 5. *de Rei uxor.* Hier findet nach der zweiten Stelle kein Abzug Statt, sondern nur Retention, ausgenommen wenn die *dos* in Gelde besteht.

[42] Es herrscht ein bis jetzt unerledigter Streit über die Frage, ob die Forderung, mit welcher man kompensiren wolle, sofort, wenn die Kompens. vorgeschützt werde, liquid sein müsse; Manche leugnen dieses Erforderniss gänzlich als ein eigenthümliches, während Andere es mit mehr oder weniger Modifikationen festhalten. Es handelt sich dabei zunächst einmal um die Auslegung der von jeher viel bestrittenen c. ult. §. 1. *h. t.* und dann um eine den Fiskus im Besonderen betreffende Stelle. I. Von den beiden Monographen der Kompens. geht Krug §. 89 ff. (s. bei diesem auch S. 234 ff. die Mein. Aelterer, gegen die Begründung seiner Ansicht aber besonders Fuhr a. a. O. S. 238 ff.) davon aus, dass vor der Konst. Liquidität nicht erforderlich gewesen sei, diese aber habe den Hauptzweck, der Kompens. die Wirksamkeit *ipso jure* beizulegen, was er so versteht, dass sie auch *post litem contestatam* noch vorgeschützt werden könne, und nur für diesen Fall werde Liquidität erfordert. Demnächst sucht er (S. 243 ff.) zu beweisen, dass dieses Erforderniss dem heutigen Prozess nicht entspreche. Die letztere Ansicht ist die gemeine, welche darauf hinausläuft, dass, wie bei anderen Einreden, auch für die der Kompens. Alles auf die vom Kläger gewählte Prozessart ankomme; s. die bei dems. S. 235. [550] Gen. Derselben Meinung ist Hartter §. 65., obwohl seine Auslegung der c. 14. *d.* so wenig wie die Krug'sche befriedigen kann, gegen diese s. bes. Fritz S. 408. [173]. Dieser dagegen schliesst sich Hasse's (Arch. Bd. VII. S. 194 ff. und 203 ff.) und Bethmann-Hollweg's (Rhein. Mus. Bd. I. S. 258 ff.) dahin gerichteten Ansichten an, „dass die *aequitas* zu entscheiden habe, ob auf Gegenforderungen in der Art Rücksicht genommen werden solle, dass ein Beweisverfahren eingeleitet, und dessen Ausgang vor Entscheidung der Klage abgewartet werde, wovon nur (bes. nach Bethmann) die *ex eadem caussa* eine Ausnahme machen, weil die Kompens. hier mit *exc. doli* und *retentionis* zusammentreffe, indem daraus keiner eher zu erfüllen brauche, bis der Kläger der Gegenforderung Genüge gethan habe. Dieser Gesichtspunkt habe schon dem früheren R. R. zu Grunde gelegen, wenn es die Zulässigkeit der Kompens. von *bona fides* und *dolus* abhängig gemacht, (s. bes. Fritz S. 397.) und sei in der c. 14. *d.* nur eingeschärft. Danach solle die Gegenforderung *ad separatum* verwiesen werden, wenn ihr Beweis zu zeitraubend sei, und dabei müsse natürlich darauf gesehen werden, ob nicht die übrigen nöthigen Prozesshandlungen soviel Zeit verlangen, dass bis zu ihrer Beendigung auch jene Beweisverhandlungen ganz oder fast beendigt sein können. Nur beispielsweise werde der Fall ge-

5) Unter den bisher aufgezählten Voraussetzungen sind alle Forderungen wider einander kompensabel, soweit nicht endlich besondere Gründe dagegen sprechen.

nannt, wenn die Kompens. erst am Schluss langer Verhandlungen über die Klage vorgeschützt werde, und zu ähnlichen Veranlassung geben könne. Uebrigens gebe Justin. nur allgemeine Fingerzeige für das *arbitr. jud.* Es müsse mithin Liquidität der Gegenforderung nicht nur im Exekutivprozess und in der Exekutions-Instanz erfordert werden, um sie nicht *ad separatum* verwiesen zu sehen, sondern auch im ordentlichen Prozess, wenn deren Zulassung Weiterungen und Verzögerungen zum Nachtheil des Klägers herbeiführen werde.“ Derselben Ansicht sind Mühlenbruch §. 471. und Puchta §. 289. Die gedachte Ausnahme findet bei den gen. Hasse und Bethmann-Hollweg noch einige nähere Bestimmung dahin, dass ersterer die Kompens. von Gegenforderungen *ex pari caussa* dadurch ausschliessen lässt, wenn der Kläger, dessen Forderung liquid ist, Kaution bestelle, was der letztere verwirft, während beide noch im Besonderen bei konnexen Forderungen und wenn nach dem Verhältniss, worin beide Theile stehen, gegenseitige Abrechnung beabsichtigt war, die Kompens. zulassen. — Dass nun die berichtete Auffassung der c. ult. *d.*, also der röm. Ansicht über die Nothwendigkeit der Liquidität bei Kompens., die richtige sei, lässt sich, ungeachtet einiger mangelhafter Fassung der Konst., wonach es scheint, dass sie nur auf die erst im späteren Lauf des Prozesses und nicht schon zeitig und zu Anfang vorgeschützte Kompens. Bezug habe, nach m. E. eigentlich gar nicht bezweifeln. Fragt man aber nach ihrer praktischen Bedeutung, so tritt als ein unverkennbares Bedenken die im römischen Prozess gewährte Freiheit des richterlichen Ermessens in der Leitung des Prozesses, und die Ungebundenheit durch solche Prozessregeln hervor, welche, wie bei uns, das Vorbringen des Streitmaterials an gewisse Stadien binden, und je nach gewissen Prozessarten sofortige Liquidität desselben verlangen und nicht verlangen. Folgt man diesen Regeln, und betrachtet man die Einrede der Kompens. jeder anderen gleich, so kommt man freilich auf das weiter oben gedachte praktische Resultat der gem. Meinung hinaus. Sind aber diese so überwiegend, dass ein wirklicher materieller Rechtssatz dadurch nothwendig als aufgehoben betrachtet werden muss? Das ist die Frage, auf welche Alles ankommt. Hier muss ich der Meinung beitreten, dass eine solche Rückwirkung nicht eingetreten sei, welche dem Kläger ein ihm eingeräumtes besonderes Recht von so grosser Wichtigkeit entziehen würde; die Vorschrift des J. R. A. §. 37., dass der Verklagte mit der Einlassung Alles einbringe, was er dilatorie und peremtorie gegen die Klage einzuwenden habe, (die Kompens. dazu gerechnet, s. Anm. 59) kann nicht so ausgelegt werden, dass auch die Einwendungen unbedingt vorgeschützt werden können, welche nur unter gewissen Umständen in demselben Prozess zugelassen, entgegengesetzten Falls aber *ad separatum* gewiesen werden sollen. Den Schluss freilich, dass diese Vorschrift in sofern zurücktrete, als die liquide Einrede der Kompens. auch jetzt noch nach der Einlassung vorgeschützt werden dürfe, (Hasse a. a. O. S. 205.) kann ich nicht als richtig zugeben; dazu ist jene zu entschieden, s. Anm. 68 3). Es muss also mit der neueren Doktrin die römische Vorschrift im Wesentlichen dahin für praktisch anerkannt werden, wie es der Text näher angiebt, ohne dass der ordentliche Prozess, in welchem die Klage eingeleitet worden, ein Mittel wäre, der Einrede der Kompens. unbedingten Eingang zu verschaffen; käme es selbst zu einem Beweisverfahren, so würde die Aussicht, dass der Beweis der Kompens. grosse Weitläuftigkeit bereiten und viel Zeit hinwegnehmen werde, während der Beweis der Klage leicht und einfach ist, eine Zurückweisung der ersteren *ad separatum* begründen. Wider die Zurückweisung, wenn die Klage zugestanden worden, würde sich der Verklagte durch Erbieten zum direkten Gegenbeweis helfen können, womit er den indirekten der Einrede verbinden kann. Die Verweisung naturaler Forderungen *ad separatum* macht diese gewissermaassen klagbar, in sofern es auf eine Rückforderung hinauskommt, indessen ist es doch immer nur eine Einrede, welche dann ausgeführt wird, und dem Verklagten nicht durch die Vorschrift eines blos formellen Erfordernisses genommen werden kann. Uebrigens ist das Erforderniss der Liquidität in der Praxis niemals ganz ausser Acht gelassen, vergl. Decis. Hass. Cassel. P. IV. 103. p. 16. und namentlich in manche Partikularrechte übergegangen, z. B. das sächsische, s. churs. Konstit. von 1572. const. 8. P. I., was Krug S. 234. Anm. ohne allen Beweis auf

Es sind nämlich, einmal[42a], folgende durch Ausnahme und Bevorrechtung der Kompensation enthoben, so dass der Geltendmachung derselben keine Gegenforderung irgend einer Art entgegengesetzt werden kann:

a) die Forderungen auf Rückgabe eines deponirten Gegenstands[43];

b) die Forderungen aus widerrechtlichem Besitz einer fremden Sache[44];

c) die Forderungen des Fiskus oder der Städte[45] aus Verkäu-

deutsches Recht zurückführen will. Die Entscheidung der einzelnen Fälle ist wie nach R. R. ganz dem richterlichen Ermessen anheim zu geben, nur ist, da es sich hier um ein Recht des Klägers handelt, vorauszusetzen, dass er auf die Verweisung *ad separatum* angetragen habe. S. jetzt auch Dernburg S. 473., der aber die hier verworfene Meinung von Neuem in Schutz nimmt, freilich blos auf Grund von Zeugnissen aus der Praxis, denen sich leicht ebenso viel für die diesseitige entgegensetzen lassen. — Es ist noch die Frage übrig, ob diese Regeln auch für die Widerklage gelten, weil dadurch ebenfalls eine der Klage fremde Sache in den Streit gezogen werde, indem sonst die Vorschrift von der Liquidität der Kompens. leicht umgangen werden könne? Unter den allgemeinen Grundsätzen über die Widerklage, wie sie die Praxis sowohl, als die Doktrin anerkennt, ist allerdings ein jenen nahe kommender und möglicherweise damit zusammentreffender, nämlich, dass die Widerklagen nicht weitaussehend seien, und die Verschleppung der Klagesache befördern, vergl. Schmid Handb. des Proz. Bd. II. S. 72. *d.*, Planck Mehrheit der R.-Streit. §. 44. z. A. und S. 356 f., und die dort Gen., was ältere Prozessualisten mit dem Satz ausdrücken, dass im ordentlichen Prozess am Ende des ersten Verfahrens die liquide Klage durch eine illiquide Widerklage nicht aufgehalten werden solle, wodurch also die schon zugelassene Vereinigung beider Sachen wieder aufgehoben wird. Auch Planck S. 369 f. giebt die ursprüngliche Verbindung wie deren Wiederaufhebung aus solchen Gründen ganz dem richterlichen Ermessen anheim. In sofern hier nur Grundsätze der Zweckmässigkeit befolgt werden, und es an einer festen positiven Grundlage fehlt, ist dagegen freilich nichts einzuwenden. Vergl. auch noch Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 262. — II. Nach fr. 46. §. 4. *de J. F.* ist dem Fiskus das Vorrecht beigelegt, dass, *qui compens. opponit fisco*, *intra duos menses debitum sibi docere debet.* Nach m. E. kann von dieser Vorschrift wegen veränderten Prozessgangs keine Anwendung mehr gemacht werden. Auf allen Fall nämlich wäre eine Anticipation des Beweises erforderlich, aber auch damit hat es im gemeinen Prozess der Beweisführer nicht in seiner Gewalt, binnen jener Frist das Resultat der Liquidität zu erreichen. Wo nun gar partikularrechtlich die feste Theilung des ersten und des Beweisverfahrens feststeht, und man den willkührlich anticipirten Beweis nicht kennt und zulässt, ist jede Möglichkeit zur Anwendung der Thätigkeit ausgeschlossen, womit man der Präklusion entgehen könnte. Ich halte daher deren Vorschrift für antiquirt.

[42a] Wegen des Verzichts auf das Kompens.-Recht, der, wie sich von selbst versteht, zulässig ist, s. Dernburg S. 440 ff.

[43] §. 30. *I. de Action.* c. 11. *Depositi*, auch nicht gegen Gelddeposita, vergl. Krug §. 77. S. übrigens noch §. 91. Anm. [88] a. E. und [93] und vergl. nachher Anm. [52]. S. auch Dernburg S. 447 ff.

[44] C. ult. §. 2. *h. t.* eine besondere Ausnahme, wonach sogar Kompens. als geschehen angesehen werden muss, enthält fr. 31. §. 1. *de H. P.*, in sofern sie zum Vortheil des Anderen gereicht. Dernburg S. 449.

[45] Die Gleichstellung beider, welche allgemein angenommen ist, lässt sich darauf gründen, dass in c. 3. *h. t.* die Städte allein (*respubl.* und *civitas* sind so zu verstehen), in fr. 46. §. 5. *de J. F.* der Fiskus allein genannt, darin also, in Betracht auch mannigfacher anderer beiden gemeinsamer Vorrechte, ein Princip der Gleichheit anerkannt ist. In Ansehung des Kaufs wird zwar in der zweiten Stelle und in c. 7. *h. t.* (*solummodo*) dem Fiskus allein ein Vorrecht zuerkannt, indessen überträgt man auch dieses auf die Städte. Krug hat S. 197. gegen die Ausdehnung auf die letzteren überhaupt Zweifel von sprachlicher Natur, sie beruhen aber auf Irrung, s. auch Fritz a. a. O. S. 402., der nur die letztgedachte Ausdehnung wegen des Kaufs nicht annimmt. Ueber andere wirkliche unzulässige Ausdehnungen, z. B. auf Kirchen u. s. w., s. Krug a. a. O. Es ist endlich nicht zu übersehen, dass die angeführten Abgaben u. s. w. zum Theil nicht praktisch, sondern daher nur Analogien zu entnehmen, diese aber unbedenklich sind. Es ist noch die Frage, ob

fen[46] und Darlehnen[47], wegen öffentlicher Abgaben, Leistungen und Lieferungen jeder Art[48], wegen Herausgabe eines Fideikommisses[49], wegen Alimentengelder[50], und solcher Forderungen, die zu anderen festen Verwendungen im Voraus bestimmt und angewiesen sind[51]. Sodann kann:

der Fiskus wider seine Gläubiger sich ohne weitere Rücksicht und Beschränkung auf seine Forderungen an sie compensando berufen könne? Krug §. 75. beantwortet dieselbe dahin, dass in der That in den obigen Fällen, wie in denen Nr. 1. 2. (bei Anm. 10) Kompensation gar nicht eintreten solle, dem Fiskus also die eigentliche *exc. comp.* nicht zustehe, dass jedoch der Fiskus das Recht habe, auf seine Privilegien zu verzichten, und so werde Kompens. möglich, nur müsse er, wenn er es zum Prozess kommen lasse, ohne eine Erklärung der Art abzugeben, dem Kläger die Kosten erstatten. *Gottschalk discept. for.* T. II. c. 12. gelangt dagegen zu dem Resultat, dass, da der Fiskus in der Kompens. seiner Forderungen jeglicher Art nirgends beschränkt werde, so könne er auch mit jeder beliebig kompensiren, und führt auch übereinstimmende Fälle aus der Praxis angesehener Gerichte, wo so entschieden worden, an. Ich halte die letztere Meinung für die richtige, und die Unterscheidung der anderen, in welche ohnehin ein irriger Unterschied zwischen *compens. ipso jure* und *facto hominis* hineingreift, für grundlos. Die Ungleichheiten vor dem Recht, in welche Jemand hier als Gläubiger und Schuldner des Fiskus gerathen kann (vergl. Anm. 52) 1, z. A.), sind bei dessen mannigfaltigen Privilegien nicht die einzigen, und übrigens steht ja jedem in solchen Fällen frei, sich vor Erhebung der Klage an den Fiskus zu wenden, eine Ausgleichung vorzuschlagen, und angemessene Anfragen zu thun, um, wenn er unter solchen Umständen doch zur Klage genöthigt wird, wider eine etwaige *exc. comp.* sich einer *replica doli* im Voraus zu versichern. Zum Theil A. M. Dernburg S. 451 ff.

46 C. 7. *h. t.*

47 C. 3. *h. t.* (*ex calendario*) vergl. Glück a. a. O. S. 84. Krug S. 194. macht diese Ausnahme davon abhängig, dass das Darlehn verzinslich sei; der Grund dazu scheint mir zu weit hergeholt und die Beschränkung vielmehr ganz unerweislich zu sein.

48 C. 3. *h. t.* fr. 46. §. 5. *de J. F.* vgl. Glück S. 85. 88. Krug a. a. O.

49 C. 3. in f. *h. t.*

50 C. 3. *d.* (*neque alimentorum*). Diese sind als für die Armen oder doch für bestimmte Personen schuldig zu denken; dass dieselben gerade aus einem Testament geschuldet werden, wie Glück a. a. O. S. 87. annimmt, ist nicht zu beweisen, wenn auch dies die gewöhnliche Entstehungsart sein wird, fr. 122. pr. *de Leg.* I. Nach einer bei älteren Praktikern verbreiteten Ansicht wird das nicht als ein Vorrecht des Staats und der Städte angesehen, sondern als ein solches der Armen u. s. w. selbst, so dass dann ein allgemeines Verbot der Kompensation schuldigen Alimente angenommen wird; s. aber dagegen Glück S. 88. und wider die Ausdehnung obiger Ausnahmen überhaupt Krug §. 78. Diese Ausdehnung vertheidigt, unter Berufung auf eine allgemeine Praxis, jetzt wieder Dernburg S. 446., deren Beweis er jedoch schuldig geblieben ist, womit es dem Vorwurf „äussersten Grads von Verkehrtheit und Miskennens des ganzen Instituts der Kompens.“ an jeder Berechtigung fehlt.

51 C. 3. *h. t.* (*statutis sumtibus*). Krug §. 72. z. A. will darin keine Ausnahme anerkennen, weil der Fiskus nur als Verwalter jener Einnahmen erscheine, allein diese Auffassung scheint mir nicht richtig, (s. auch Fuhr a. a O. S. 225.) sondern vielmehr der Fall gemeint zu sein, dass eine gewisse Einnahme zu gewissen Ausgaben bestimmt ist, z. B. eine städtische Kämmereikasse hat ihre Einnahmen in Getreide ein für allemal zu Besoldungsstücken ihrer Beamten angewiesen. Dernburg S. 444 ff. behauptet, dass eine ähnliche ganz allgemeine Ausnahme dann, wenn der Gegenstand der Forderung zu gewissen anderen Zwecken bestimmt sei, oder ohne dass es der Gegner unbillig finden könne, dazu verwendet werden dürfe, angenommen werden müsse. Zwar sagen die Quellen nichts davon, es fliesse aber aus dem Wesen der Kompens. und sei auch in einzelnen Anwendungen in der Praxis anerkannt. Ich kann dies nicht weiter zugeben, als sich zugleich etwa ein stillschweigender Verzicht auf das Kompens.-Recht deduziren lässt; mir scheint vielmehr durch eine Beschränkung der Art ein bedenkliches Schwanken in das ganze Institut gebracht und dessen Regeln gefährdet zu werden; die einzelnen Fälle, welche Dernburg anführt, müsste man genauer kennen, um beurtheilen zu können, ob nicht ein

d) so wenig wider als mit solchen Forderungen kompensirt werden, welche auf die Zurückgabe eines dem Gläubiger gehörigen, oder wenigstens von ihm dem Schuldner gegebenen, Gegenstands gerichtet sind, in sofern es hier auf die Uebertragung eines Sachenrechts daran hinauskommt, welche durch die blosse Kompensation nicht vermittelt werden kann [52].

unzeitiges sog. Billigkeitsgefühl sich in ihnen rege gemacht hat.

[52] Zur Bestätigung dieses Satzes bemerke ich zuerst, dass keine Spur in den Quellen vorkommt, welche das Gegentheil als möglich andeutete. Krug S. 204. behauptet nun einerseits, dass der Deponent wider den Depositar dann kompensiren könne, wenn er sich darüber zeitig erkläre und Zinsen und Prozesskosten bezahle, und andererseits hält er S. 207. die auf das Kommodat geschehene Ausdehnung der vom Deposito geltenden Ausnahme, welche sich übrigens schon bei dem Schol. zu den *Basil.* Lib. XIII. 2, 44. und 1. 27. findet, nicht für begründet, und noch weniger die von *Petr. Beloi. de Compens.* (*Thes. Meerm.* T. IV. p. 734.) für das *precarium*, *locatio cond.* u. s. w. behauptete. Meine obige Ansicht beruht auf folgenden Gründen. Was 1) die Kompens. wider Forderungen auf Zurückgabe einer individuell bestimmten Sache betrifft, also das Verlangen des Inhabers, dieselbe gegen die eigene Forderung zu behalten, so ist, da sich hier der Streitgegenstand in einem Objekt wirklich manifestirt, woran nicht dem Inhaber, sondern entweder seinem Gegner ein Sachenrecht, also regelmässig als Eigenthum zu denken, oder wenigstens jenem gar kein Recht zusteht, der Fall von anderen zur Kompensation geeigneten darum völlig verschieden, weil der Inhaber doch daran von nun an, resp. von da, wo er die Kompensation datirt, ein solches Sachenrecht sich beilegen will und muss. Wie soll aber das ohne Willen des bisherigen Eigenthümers möglich werden? Die Kompens. müsste ja geradezu die Veräusserung vertreten, während sie nur eine Ausgleichung des *debiti* und *crediti* ist, wobei von einem Uebergehen der fraglichen Gegenstände von Einem auf den Anderen nicht die Rede ist, sondern nur vom Behalten dessen, was wir als uns schon zuständig innehaben (fr. 3. *h. t.*). Dieser Grund erscheint mir vollständig überzeugend, und daneben nur etwa folgendes Bedenken übrig zu sein. Offenbar gilt er auch für Deposita, dennoch aber ist wider die *a. depositi* in c. 11. *Depositi* und c. ult. §. 2. in f. *h. t.* die Kompensation ausdrücklich ausgeschlossen, und zwar unter Umständen, dass darin ein *argum. e contrario* gefunden werden zu müssen scheint, alle anderen Forderungen als diese seien derselben unterworfen. In der ersten Stelle ist aber jene Klage allen und jeden Exceptionen, auch den stärksten auf Sachenrechten fussenden, enthoben, nur aus dem moralischen Grunde, damit der Deponent in seinem Vertrauen nicht getäuscht werde; unter diesen konnte dann bei einer so vollständigen Aufzählung die Kompens. nicht fehlen. Es ist also darin eine reine Ausnahme, die nicht aus konkurrirenden rechtlichen Gründen folgt, anerkannt, diese reicht aber in ihrer Wirksamkeit weiter, als der gedachte allgemeine Grund, wie sich nachher zeigen wird. Das Nämliche gilt von der zweiten Stelle, welche übrigens neben dem Depositum noch die Forderungen unter b) im Text gleichergestalt der Kompens. enthebt. Dass aber damit alle und jede weitere Ausnahmen als ausgeschlossen betrachtet sein sollen, behauptet m. W. Niemand, da wenigstens die ebenfalls auf reiner Bevorzugung beruhenden Ausnahmen des Textes unter c, nirgends dadurch als aufgehoben betrachtet werden. Um so weniger also können diejenigen, welche auf wirklicher rechtlicher Nothwendigkeit beruhen, ausgeschlossen worden sein, d. i. die unter d, im Text. Hier ergiebt sich aber nun folgender Unterschied. Für die letzteren Fälle tritt diese Nothwendigkeit da nicht ein, wo anstatt des Gegenstands nur das Interesse gefordert werden kann, z. B. wenn der erstere untergegangen, verloren oder verbraucht worden. Dann ist also Kompensation möglich, indem dann die Summe, wie bei einem Darlehn zurückgefordert wird. Natürlich fällt derselbe Grund auch unter derselben Voraussetzung beim Deposito, für welches er an sich nicht minder besteht, weg. Nun aber tritt für dieses wieder die in c. 11. *d.* anerkannte absolute Ausnahme ein, d. h. es kann gegen die *a. depositi* auch in diesem Fall keine Kompens. vorgeschützt werden, so wenig wie gegen die Forderungen unter b, und c, im Text. Auf diese Weise widerlegt sich das vermeintliche *arg. e contrario*, und es erklärt sich zugleich die Nothwendigkeit der ausdrücklichen Ausnahme für das Depos. in

6) Dass die Forderung, welche wider eine andere in Gegenrechnung gebracht werden soll, dieser dem Betrag nach gleich stehe, ist nicht erforderlich, aber natürlich kann die Wirkung der Kompensation nur soweit eintreten, als die Summe der ersteren reicht, während der Ueberrest der letzteren dadurch nicht weiter berührt wird[53]. Im umgekehrten Fall erweitert aber auch der Ueberschuss der Gegenfor-

c. 11. *d.*, wenn sie einmal absolut sein sollte, und die Unterscheidung der Fälle a,—c, von denen unter d, überhaupt. Für die letzteren ist noch der entgegengesetzte Fall der im Text gestellten Voraussetzung, für welchen die Kompensation stillschweigend zugegeben ist, zu berücksichtigen, nämlich, wenn der Schuldner, der die Sache zurückzugeben hat, schon Eigenthümer derselben ist; allerdings wird das nicht leicht vorkommen, dass der Eigenthümer über seine eigene Sache in ein solches Obl.-Verh. treten kann, und es gehört eine ganz besondere Gestaltung der Dinge dazu, die Voraussetzungen zur Kompens. als vorhanden erscheinen zu lassen; z. B. etwa der Verpächter oder der Verpfänder (mit Besitzeinräumung) eines Guts pachtet wieder, ersterer vom Pächter eine dazu gehörige Scheune, letzterer vom Pfandbesitzer das ganze Gut. Gesetzt, nach Ablauf der beiderseitigen Pachtzeit im ersten, oder der Abzahlung der Schuld im zweiten Fall, fordert der Pächter die Scheune, oder der ehemalige Gläubiger das Gut aus dem Pacht zurück, so sehe ich allerdings bei dem gleichartigen Inhalt beider Obl. kein Bedenken, dass der Pächter der ersteren als Verpächter des Guts, und der des Guts als ehemaliger Verpfänder seine Forderung, resp. aus dem Pachtkontrakt über das Gut auf dessen Räumung, resp. ans dem Pfandkonrakt auf Rückgabe, wird in Kompensation bringen können. Soviel dagegen 2) die Kompens. mit Forderungen auf Zurückgabe eines Gegenstands betrifft, d. h. von Seiten des Gläubigers wider den Schuldner als Gläubiger aus irgend einer anderen Forderung, welche, wie gedacht, Krug namentlich für den Deponenten als möglich betrachtet, so würde das zuvörderst nach dessen eigenen Ansichten nur in Bezug auf deponirtes Geld vorkommen können, und er muss dann gleich selbst eine Bevorwortung hinzufügen, um nicht das auffallende Resultat zuzugeben, dass, während der Depositar, wenn er eine selbstständige Forderung geltend macht, dabei nicht wie anderen, kompensabeln, Forderungen gegenüber, seine Schuld *ex deposito* in Betracht nehmen und abrechnen kann, um seinen Rest sicher einzuklagen (s. Anm. 68 2)), ihm umgekehrt der Deponent aus dem Deposito eine wirksame Einrede der Kompens. entgegenstellen und so den ersteren in den Fall bringen kann, einen Prozess aus Gründen zu verlieren, die er bei dessen Anstrengung nicht in Betracht nehmen durfte. Allein, was heisst das hier: zeitig erklären? Vor Anstellung der gegenseitigen Klage dies verstanden, so muss allerdings eine solche Erklärung in Bezug auf deponirtes Geld ihre Wirkung äussern, denn dann ist in ihr ein vollständiges Zahlungsangebot enthalten, dem sich der Depositar, der noch dazu das Geld schon in Händen hat, nicht entziehen kann. Aber das ist doch keine Kompensation? Ich kann daher hier diesen Begriff gar nicht als anwendbar anerkennen, sondern es würde in der That durch entsprechende Erklärungen auf Angebot, resp. Zahlung mit dem deponirten Gelde (*traditio brevi manu*, s. Bd. I. S. 456.) und einen Verzicht auf die Gegenforderung hinauskommen, im Fall des unbegründeten Widerspruchs des Depositars aber dieser *in moram accipiendi* gerathen. Ebenso verhält sich die Sache bei anderen Forderungen auf Zurückgabe von Sachen. Ist nun gar in diesen Fällen der Deponent u. s. w. nicht Eigenthümer, so käme noch hinzu, dass er mit fremdem Gelde nicht zahlen und fremde Sachen nicht veräussern kann. Nur dann, wenn es wie im vorigen Fall, unter 1, nicht auf eine Veräusserung und dazu erforderliche Tradition hinauskommt, sondern auf eine wirkliche *crediti et debiti inter se contributio*, kann von Kompensation die Rede sein, also in den beiden dort schon aufgeführten Beispielen, wo zugleich wider eine Forderung auf Rückgabe kompensirt wird; andere als diese und ähnliche halte ich aber nicht für möglich, mithin würden die Ausnahmefälle (von der Ausnahme), in denen Kompens. bei Forderung auf Zurückgabe vorkommen kann, immer zwei solche gegenseitige vosaussetzen, womit dann das allgemeine Erforderniss der Gleichartigkeit der Leistungen auch hierin vollständig gewahrt ist.

53 §. 30. *I. de Action.* c. 4. 5. *h. t.* — Eine irrige Ausnahme im älteren R. R. nimmt hier Krug §. 53. (obwohl er sie in §. 54. für praktisch sehr beschränkt erklärt) nach den in Anm. 1

derung jene Wirkung nicht, sondern es bedarf einer Geltendmachung durch Klage, um eine Verurtheilung darauf herbeizuführen. In sofern also weicht die Wirksamkeit der Kompensation von der unter Nr. 3, für den Inhalt der beiderseitigen Forderungen festgehaltenen Parallele der Zahlung ab, indem diese nicht wie jene gegen des Gläubigers Willen auch theilweise möglich ist. Es ist jedoch der ganzen Natur dieses Rechtsinstituts und dem Zweck seiner Entstehung gemäs anzunehmen, dass in solchen Fällen, wo eine Schuld der Summe nach von ihrem Ursprung an als ein geschlossenes Ganzes erscheint, dessen Zerreissen auf diese Weise eine Unbilligkeit gegen den Gläubiger enthalten würde, es dem richterlichen Ermessen anheimzugeben sei, die Kompensabilität kleinerer Gegenforderungen auszuschliessen [54]. Bis hierher ist vorausgesetzt, dass nur eine einzige Forderung auf jeder Seite vorhanden sei; hat der, welcher kompensiren will, mehrere an seinen Gläubiger, so steht ihm frei, diese zusammenzugreifen, eben sowohl, wie er mit einer einzigen gegen mehrere zusammengegriffene Forderungen des Gläubigers kompensiren kann, ohne dass sich, sobald im letzten Fall nur vollständige Deckung eintritt, an der Wirkung etwas ändert. Wenn aber im Fall einer Mehrzahl der gegenseitigen Forderungen keine volle Ausgleichung erreicht wird, so entsteht die Frage, wider welche nun dieselbe eintrete? Sie ist dahin zu beantworten: hat der Gläubiger mehrere Forderungen, wider welchen mit einer einzigen kompensirt werden soll, die deren Gesammtbetrag nicht erreicht, so wird, wenn die diesseitige Forderung früher fällig war, als die mehreren jenseitigen, die Kompensation dieser nach der Zeit ihrer Fälligkeit eintreten [55]; im umgekehrten Fall steht dem Schuldner der mehreren Forderungen als Kompensanten frei, zu erklären, auf welche er die Gegenrechnung beziehen wolle, wenn darauf etwas ankommt, und in Ermangelung einer solchen Erklärung würde der Richter die Kompensation auf alle verhältnissmässig als eingetreten zu betrachten haben [56]. Wenn aber von beiden Seiten her mehrere Forderungen einander

cit. und ähnlichen Stellen an, wonach Deliktsklagen einander ohne Rücksicht auf den Betrag der gegenseitigen Summen kompensiren sollen. Vgl. was darüber schon Anm. [1] gesagt ist.

[54] Ungeachtet die Stellen der vorigen Anm. den dazu gehörigen Satz ganz bestimmt enthalten, so scheint dennoch die obige Beschränkung unerlässlich, wenn man nicht auf Absurditäten hinauskommen will, wie z. B. dass, wenn A. dem Kaufmann B. 10,000 Thaler als Darlehn vorgeschossen hat, letzterer, darauf verklagt, eine Forderung für ein Pfund Tabak kompensiren dürfe. Es ist schon von Anderen hierauf aufmerksam gemacht, und in sofern, sowie für solche, die im lebhaften Verkehr stehen, woraus viele gegenseitige Forderungen erwachsen, wie zwischen Kaufleuten, das Recht der Kompensation unnatürlich und praktisch nicht vollkommen durchführbar genannt worden, s. Mühlenbruch Cess. S. 597. 140. c) und Fuhr a. a. O. S. 117. Für den zweiten Beispielsfall finde ich das jedoch nicht, im Gegentheil dürfte zwischen solchen eine endliche Abrechnung als beabsichtigt erscheinen, indem sie ein gegenseitiges Credit und Debet in ihren Büchern führen und den Saldo nur nach dem Vergleich beider ziehen; im ersten aber scheint mir für die gefühlte Nothwendigkeit von dem im Text eingenommenen Gesichtspunkt aus, wonach dem richterlichen Ermessen nicht ganz freier Spielraum, sondern ein Maasstab dabei dargeboten wird, eine positive Grundlage gewonnen, um die *aequitas compens.* (s. Anm. [1]) nicht zur *iniquitas* für den Anderen werden zu lassen.

[55] Vergl. Krug S. 134.

[56] Ueber den obigen Fall ist Streit. Seine praktische Bedeutung tritt namentlich, indem wenigstens alle Forderungen klagbar sein müssen, dann hervor, wenn z. B. für die eine der mehreren, gleichzeitig klagbar gemacht zu denkenden, Bürgen oder Pfänder haften, für andere nicht. In den Quellen findet sich keine Entscheidung darüber. Irgend Einem muss nothwendig die Entscheidung zustehen. Eine Zahl bedeutender Autoritäten erklärt sich für die dem Gläubiger zuständige Wahl, eine gleiche nicht minder gewichtiger für den Schuldner, s. Krug S. 135 ff. und die dort

entgegenstehen, so kommen dieselben Regeln zur Anwendung, sobald alle auf der einen Seite stehende früher oder beziehungsweise später als alle auf der anderen Seite stehende fällig geworden sind[57]. Sind sie hingegen abwechselnd fällig geworden, so kompensirt immer die nächstfolgende die vorangehende, so dass es sich dann um den zuletzt bleibenden Rest handelt[58].

b. Die Wirksamkeit der Kompensation überhaupt hängt, wie bereits unter Nr. II. z. A. angedeutet wurde, von der Willkühr dessen ab, der eine dazu geeignete Gegenforderung hat, es besteht also für ihn ein Recht darauf, welches von ihm wirklich geltend gemacht sein muss. Die Form dazu ist die Einrede[59], nach Umständen also die Replik, indem eine Gegenforderung der anderen entgegengesetzt werden kann u. s. w. Sobald aber die Kompensation auf diese Weise wirksam wird, ist ihre Wirkung auf die gegenüberstehende Forderung von der Art, dass die Tilgung dieser wie durch Zahlung, ganz oder theilweise, je nach dem Verhältniss der Gegenforderung zur Forderung, schon zu dem Zeitpunkt als geschehen erscheint, wo die Fälligkeit beider zusammentraf[60]. Dies leidet eine zwiefache

Anm. [290] Gen. Von diesem wird in fr. 101. §. 1. *de Solut.* eine Analogie dafür darin gesucht, dass sich der Gläubiger selbst bezahlt mache, was er als eigentliche Bedeutung der Kompens. ansieht; allein vom Gesichtspunkt der Zahlung aus, spricht offenbar mehr für den Schuldner, d. i. den Kompensanten, indem dieser durch den Gebrauch der Kompens. erst die Erklärung abgiebt, in Folge deren eine Befriedigung als geschehen erscheint. Vergl. auch Fuhr a. a. O. S. 148. Das bestimmt mich, der zweiten Ansicht beizutreten. Krug's Nebengrund, dass man mit der Annahme dieser in ein Labyrinth unauflöslicher Fragen über den Einfluss des dem Schuldner zuständigen Wahlrechts gerathe, wenn man voraussetze, dass neben demselben ein Bürge hafte, erledigt sich, wenn man ihn näher untersucht, dahin, dass danach eigentlich nur einige nothwendige Konsequenzen auffallend erscheinen, während sie durch sich selbst vollkommen gerechtfertigt sind. So namentlich, kann es keinem Anstand unterliegen, dass, wenn der Schuldner auf eine unverbürgte Schuld abrechnen will, der Bürge gar kein Widerspruchsrecht dagegen haben könne; so ferner, wenn der letztere sich nach dem Satz bei Anm. [23] auf eine von mehreren Forderungen des ersteren compensando berufen hat, kann es auf eine Einwilligung desselben dazu gar nicht ankommen u. s. w. Denn will der Gläubiger dem Schuldner (dem Kompensanten) darin einen Vortheil zugestehen, dass dessen Gegenforderung anstatt auf fällige Zinsen auf den Kapitalbestand gerechnet werde, so dass mithin von diesem keine Zinsen weiterlaufen können, so sehe ich keinen Grund, warum das nicht zulässig sein sollte? — Fehlt es endlich ganz an einer Erklärung der Art, — ein Fall, der m. W. nirgends ausdrücklich berührt wird, — so scheint mir der Schlusssatz im Text das einzige Mittel zur Lösung der Frage zu sein.

[57] Dieser, m. W. weiter nicht ausdrücklich erwähnte Fall enthält in der That nur eine andere Gestaltung der beiden vorhergehenden.

[58] Diese Wirkung wird mit Recht auf die *ipso jure* eintretende Wirksamkeit zurückgeführt; dass sie die natürlichste sei, wird nicht leicht in Abrede gestellt werden. Vergl. über diese Fälle jetzt auch Dernburg S. 459 ff.

[59] Der Ausdruck *exceptio* kommt in unmittelbare Verbindung mit *compens.* m. W. nicht vor, wohl aber: *opponere*, (fr. 10. §. 2. *h. t.* c. 1. *eod.*) *summovere creditor.* (fr. 2. *h. t.*), *objicere* (fr. 31. §. 2. *de Donat. inter vir.*), und ähnliche, s. Sintenis in der Zeitschrift Bd. XVIII. S. 4. und folg. Anm.

[60] Während die in der vor. Anm. erwähnten, auf das Wesen einer *exc.* hindeutenden Ausdrücke die gewöhnlichen in den Quellen sind, heisst es in vielen Stellen, die *compensatio* wirke *ipso jure*, s. z. B. fr. 4. 10. pr. und c. 4. *h. t.* fr. 30. pr. *d. A. E.* fr. 5. pr. *de Impens. in res dotal.* c. ult. pr. *h. t.* §. 30. *I. de Action.* Die Vermittelung geschah nach der letzten Stelle (coll. *Gai.* IV. §. 62. 63.) bei *str. jur. a.* durch *exc. doli*, während es dieser bei *b. f. jud.* wegen des erweiterten *officii jud.* nicht bedurfte. Gewöhnlich wird nun angenommen, dass Justin. nach der cit. Konstit., worüber er in der Institutionenstelle spricht, hierin irgend eine Veränderung vorgenommen habe, aber man streitet, welche? Bethmann-Hollweg Rhein. Mus. Bd. I. S. 276. nimmt im älteren R. R. für die

nähere Bestimmung. Zuerst für die Forderungen, welche ausnahmsweise vor ihrer eigentlichen Fälligkeit schon zur Kompensation gebraucht werden können, s. vorher S. 426. Nr. 2), und wo es darauf ankommt, dass die Fälligkeit in einer bestimmten Person zutraf, wie bei cedirten Forderungen; alsdann kann die Wirkung dort erst mit der Erklärung der Kompensation selbst eintreten, hier frühestens mit dem Zeitpunkt des durch die Anzeige hergestellten festen Verhältnisses zwischen dem

verschiedenartigen Klagen eine Verschiedenartigkeit der Wirksamkeit der *compens.* an, (unbedingte *condemn.* oder *absolutio* bei den ersteren, als Folge der *exc.*, *condemn. in reliquum* bei den letzteren) welche auch nach Aufhebung des Formularprozesses noch fortbestanden, und die dann eben Justin. in c. ult. pr. *d.* ausgeglichen habe. S. dagegen Sintenis in der Zeitschrift Bd. XVIII. S. 24 ff. sowie darüber, dass Justin. in dieser Beziehung gar nichts Neues habe einführen wollen, sondern sich nur dem früheren Recht angeschlossen habe, seine Neuerung vielmehr sich auf die *in rem a. vel alias quascunque a.* beschränke (s. Anm. [38]). In den dem früheren R. angehörigen cit. Stellen ist nun *ipso jure* nicht in prozessualischer, sondern in seiner materiellrechtlichen Bedeutung zu verstehen (s. Bd. I. S. 302.), vergl. Hasse a. a. O. S. 156. Sintenis S. 25 ff., d. h. von dem Eintritt einer jurist. Wirkung ohne vermittelnde Willensäusserung, blos in Folge bestehender Rechtsgrundsätze und ihrer Anwendung auf eine Thatsache, d. i. hier die Entstehung der Gegenforderung selbst, aber natürlich in der Voraussetzung, dass der Verklagte die Kompens. wirklich geltend gemacht habe. S. fr. 2. 5. 16. pr. *h. t.* fr. 1. §. 4. *de Contrar. tutel.* Ueber andere Meinungen, namentlich die einiger Aelterer, die dem Richter die Beachtung der Kompens. von Amtswegen danach auflegen, s. Krug §. 31. und Sintenis a. a. O. S. 26. [1], 2. Die letztere bedarf keiner Widerlegung mehr. Es herrscht vielmehr darin jetzt volle Uebereinstimmung, dass die Sache so, wie im Text geschehen, aufzufassen sei, s. Hasse a. a. O. S. 191 f. Bethmann-Hollweg a. a. O. S. 269 ff. Krug §. (18.) 21—26. 30. 21. und 79. Hartter S. 205. Fritz a. a. O. S. 399 ff. Sintenis a. a. O. S. 27. Puchta §. 290., wenn auch dieselben über manche im röm. Proz. in Verbindung mit dieser Frage vorkommende Punkte und den eigentlichen Sinn der justin. Aeusserungen im Vergleich zum älteren Recht unter einander abweichen, nur dass Fritz die Vorstellung vorzieht, dass durch die Kompens. gewissermaassen gezahlt werde, so dass die Forderung wie durch jetzt erst geschehende Zahlung (*ipso jure*) getilgt werde, aber mit rückwirkender Kraft. S. dagegen Bethmann S. 271. und Krug S. 70 ff. Den Zeitpunkt, von wo an diese Wirkung schon als eingetreten angesehen wird, giebt im Besonderen c. 4. *h. t.* als den an, *ex quo ab utraque parte debetur*, was von der Fälligkeit zu verstehen ist, da nur fällige Forderungen kompensabel sind; dieselbe spricht auch das *pro soluto compens. haberi oportet* ausdrücklich aus. Vergl. übrigens noch Anm. [32] bes. a. E. — Hierin liegt denn auch der Erklärungsgrund, dass man sich kompensationsweise auf eine Forderung berufen kann, während der Klage auf sie die Einrede der Verjährung entgegenstehen würde, z. B. es machte Jemand im Jahr 1845 eine 1816 entstandene Forderung geltend, so kann der Verklagte sich dawider auf eine 1787 entstandene noch kompensirend berufen. Dies hat besonders zu der Irrung mit Veranlassung gegeben, dass man aus verjährten Forderungen noch excipiren könne, und dass also nicht das Recht, sondern nur die Klage verjähre. Es kommt nur darauf an, dass sich die zu kompensirenden Forderungen innerhalb der Verjährungsfrist dergestalt erreichen, dass die frühere noch nicht verjährt ist, wenn die spätere entsteht, um im Verhältniss zu einander kompensabel zu werden. Vergl. Sommer rechtswiss. Abh. S. 4 ff. Sintenis in Zu-Rheins Jahrbb. Bd. I. S. 257 ff. Krug §. 88. Zu unterscheiden hiervon ist die Frage von der Verjährung der *exc. compens.* selbst, d. i. der Ausübung des Rechts, (also ob in dem gedachten Beispielsfall noch 1848 auf die Kompens. Bezug genommen werden kann,) diese aber gehört nach Bd. I. S. 314 f. zu den nicht verjährbaren ausschliesslichen Exceptionsrechten. Vergl. Krug a. a. O. S. 232. Die Frage von dem eigentlichen Sinn des *ipso jure comp.* ist denn auch von den neueren Monographen (s. Anm. [1] a. E.) ausführlich wieder aufgenommen worden; ich verweise deshalb im Besonderen auf Dernburg S. 172 ff. 281 ff. 338 ff. 366 ff., der seinerseits es davon verstanden wissen will, dass nicht mehr blos nach richterlichem Ermessen, sondern „kraft Rechts" kompensirt werde, also m. a. W.

Cessionar und dem abgetretenen Schuldner[61]. Dass ferner die eigene Forderung, nachdem sie fällig geworden, bis dahin, wo sie zur Kompensation gebracht wird, noch als bestehend betrachtet und behandelt worden ist, ändert zwar im Allgemeinen

die Kompens. absolutes objektives Recht geworden sei. Ihm ist Vangerow 6. Ausg. Bd. III. S. 385. beigetreten. Dagegen hat ihn Brinz zu widerlegen gesucht, und unter Aufgebung der eigenen früheren eine neue aufgestellt, die er so bezeichnet, dass der Accent auf *compensari* liege, (nicht auf *ipso jure*) und einen Gegensatz zur wirklichen Tilgung der Forderung ausdrücke. (S. Jahrbuch des gem. deutsch. R. von Bekker und Muther, Bd. I. S. 24 ff. 33 ff.) Verstehe ich ihn recht, so fällt seine jetzige Ansicht mit der im Text vorgetragenen vollständig zusammen. Krug hat seine Auffassung gegen die frühere Brinz'sche und gegen die Dernburg'sche vertheidigt in der Sächs. Zeitschrift für Rechtspflege Bd. XII. S. 289 ff. Auch ich finde keinen Grund, von meiner früheren Ueberzeugung abzugehen. — In einer besonderen Monographie über den Satz, *ipso jure compensatur*, setzt den Ansichten der genannten Neueren ausführlichen Widerspruch entgegen Ubbelohde (Gött. 1858). Sie enthält die sorgfältigste Dogmengeschichte des Satzes. Ubbelohde's Resultate anlangend, so ist er (S. 3.) darin mit mir einverstanden, dass der Streit eine praktische Bedeutung kaum habe. Er versteht ihn (S. 180.) davon, „es bedürfe keiner *exceptio*, um eine kompensabele Gegenforderung vor Gericht geltend zu machen". „Das habe zwar zunächst nur Bedeutung für den Formularprozess, aber nicht minder nach dessen Untergang — was bisher nicht erkannt worden — Wichtigkeit für den justin. Prozess (weshalb auch die Stellen des klassischen Rechts unverändert aufgenommen worden,) in sofern, als derselbe für den Beweis der einzelnen Angriffs- und Vertheidigungsmomente eine festgeregelte Reihenfolge hatte; zuerst der des Klaggrunds mit den Vertheidigungsgründen, die *ipso jure* wirkten, erst nachdem dieser feststand, sei der Beklagte zum Beweis der *exceptiones* gelangt, dann der Kläger zu dem der *replicationes* u. s. w. Man sehe leicht (?), wie wichtig es sein konnte (?), gleichzeitig mit dem Kläger zu dem Beweis des Vertheidigungsgrunds zu gelangen, namentlich, wenn der letztere ohne Mühe zu erbringen, der Klagbeweis aber illiquid war. (Wann noch?) Und so habe der fragliche Satz im prozessualischen Sinn seine gute Bedeutung." — Ich finde hiermit indessen nichts erklärt, und den letzten Satz (s. auch S. 275.) sogar unverständlich. Wie soll der Illiquidität des Klagbeweises gegenüber hier ein Vortheil denkbar sein? Oder soll der langsame Beweis der Klage ganz ausgeschlossen sein? Man müsste dazu annehmen, dass der Richter auf den früher fertig gebrachten Gegenbeweis (Beweis der Gegenforderung) hin die Klage, ohne deren und der Repliken (an denen gerade hier es bekanntlich fast nie zu fehlen pflegt!) Beweis abzuwarten, hätte zurückweisen müssen. — Soweit also könnte diese Ansicht auf sich beruhen. Indessen leugnet Ubbelohde (S. 35 ff.) auch die sog. *vis retrotractiva* der Kompens., sie lasse sich nicht mit Sicherheit beweisen. Die Anführungen S. 37. gegen c. 4. und 5. *h. t.* sind indessen zu schwach, um dem klaren Sinn namentlich der beiden zusammengehörigen Stellen Eintrag thun zu können. Dabei scheint noch ein Misverständniss in sofern obzuwalten, als Ubbelohde mit besonderem Nachdruck hervorhebt, dass „die Römer mit den Worten *ipso jure compensatur* nicht die sog. Retrotraktion bezeichnen", „dass es an einem äusseren Grunde, *ipso jure* von der Retrotraktion zu verstehen, fehle"; das behauptet ja die von ihm angefochtene Meinung nicht, sondern sie geht vielmehr davon aus, dass, wenn, d. h. weil, die Kompens. *ipso jure* wirken solle, so müsse (wie bei geschehener Solution) dies nothwendig retrotraktiv verstanden werden, indem es sonst eben keine Wirkung *ipso jure* sei, — und das bestätigen die genannten Konstit. direkt.

[61] Einen folgenreichen Begriff stellt Krug §. 4. und 28. in dem der *compensatio expressa* auf, die er dann der *tacita* entgegensetzt. „Davon ausgehend (S. 12.), dass es den Betheiligten, sobald die Voraussetzungen einer zulässigen Kompens. zutreffen, unbenommen sei, ihren Willen, sie solle eintreten, einseitig oder zweiseitig zu erklären, bezeichnet er die einseitige Erklärung als eine *expressa*, als *tacita* sei die *comp.* schlechthin, also im Zweifel stets zu verstehen; jene habe eine grössere Wirksamkeit, als die blosse Existenz kompensabler Gegenforderungen." (S. 13. 17. Der Versuch, diese Eintheilung auch auf fr. 67. §. 3. *de Legat.* II. zu stützen, wo einmal *tacita*

an dem künftigen Rückbezug der Wirkung der Kompensation nichts, wohl aber dann, wenn thatsächliche Wirkungen ihres Fortbestehens wider den Schuldner aus ihr geltend gemacht worden, z. B. also, wenn seitdem zu rechnende Zinsen von ihm

pensatio vorkommt, ist natürlich vergeblich, indem der letztere Ausdruck hier nicht *debiti et cred. contrib.* bezeichnet, sondern in einer der anderen Bedeutungen vorkommt, s. Anm. [1] z. A., und das Beiwort nichts Anderes bezeichnen soll, als etwas, was sich von selbst versteht.) Diese Erklärung ist nun nach dem Verf. von einer ausserprozessualischen zu verstehen, „die Wirkungen, welche sie vor der *comp. tacita* (also m. a. W. der, von welcher sonst allein die Rede ist) voraus habe, treten erst von der Zeit der Erklärung an ein, und das Nämliche gelte auch von den übrigen, wenn die Voraussetzungen der *comp. tac.* mangelhaft, dieser Mangel also durch eine Erklärung zu ersetzen und mithin nur eine *c. expressa* möglich ist.“ (S. 77.) Eine ähnliche Eintheilung stellt Heimbach im R.-Lexikon Bd. II. S. 726 f. auf, aber mit anderer Bestimmung; „*tacita* sei die bei Gai. IV. §. 61—62. dem Richter in *b. f. jud.* gebotene, die von der Willenserklärung der Partheien (wenn die Einrede d. K. nicht vorgeschützt worden), ganz unabhängig sei, *expressa* die, welche eine solche erfordere.“ Wie sich hierzu der bald folgende Satz verhalte, „es müsse unbedingt immer auch für die *tacita c.* erklärt worden sein, dass man davon Gebrauch machen wolle,“ könnte mit diesem Versuch überhaupt auf sich beruhen, wenn nicht auch Heimb. die Wirkungen der letzteren als beschränkter behauptete. Allein dem entspricht seine Aeusserung S. 741. nicht, wo er, unter Verweisung auf Krug, denen nicht einmal beitritt, welche eine Verschiedenheit darin setzten, dass nur bei der *expressa c.* sich Dritte darauf berufen und Rechte daraus herleiten können. Kehren wir daher zu K. zurück. „Dieser findet (S. 81 ff.) für die Wirkung der *c. tacita*, welche im Allgemeinen darin bestehe, dass die beiden Forderungen als getilgt betrachtet würden, eine Verschiedenheit von der eigentlichen Solution, und zwar Beschränkungen darin, dass, während Dritte sich nur dann auf Tilgung einer Schuld durch *c. tacita* berufen können, wenn der Schuldner selbst daran ein Interesse habe, (s. im Text bei Anm. [22] und [23]) die *c. expressa*, d. h. sobald ein Gegenschuldner nur erklärt habe, kompensiren zu wollen, ohne weitere positive Rücksicht darauf, ob der Andere dem nicht etwa widersprochen habe, was nur eine Widerrechtlichkeit sein würde, für Dritte ebenso wirksam sei, als ob jener die Zahlung wirklich erhalten, resp. geleistet habe, sie stehe also hierin der *solutio* ganz gleich.“ Dieses Resultat soll in fr. 4. *Qui potior.* seine bestimmte Anerkennung finden, wogegen einfach zu bemerken ist, dass diese Stelle nicht die geringste Veranlassung giebt, das *pensaverit* von einem anderen Ereigniss als einer *voluntaria* oder einer förmlich im Prozess durchgesetzten *comp.*, also jeden Falls von einer realisirten Befriedigung zu verstehen, (vergl. auch Fuhr a. a. O. S. 135.), womit die dort gedachte Folge (s. Anm. [63]) unbedenklich eintritt. Dass diese Folge (Erlöschen des Pf.-R. für die dadurch aufgehobene Forderung) aber nicht früher eintritt, hat den natürlichen Grund, weil Niemand (hier der *creditor pignerat. posterior*) sich auf das Kompens.-Recht eines Anderen (des *debitor*) wider einen Dritten (den *cred. prior*) berufen kann, um dessen Forderung auszuschliessen, wohl aber auf das schon eingetretene Erlöschen dieser durch die Geltendmachung jenes Rechts von Seiten des Berechtigten, sobald er an demselben interessirt ist, also behauptet, dass deshalb jene Forderung nicht mehr existire. Ganz unerklärlich aber muss daneben der Widerspruch erscheinen, „dass zwischen den beiden Gläubiger-Schuldnern selbst diese Wirkung nicht eintrete. (S. 84 f.) Wenn nämlich der, gegen welchen der andere die Absicht der Kompens. ausspreche, nichts davon wissen wolle, sondern auf Zahlung bestehe, so sei das allerdings eine Widerrechtlichkeit, es stehe aber jenem ersteren frei, zu zahlen, und dann seinerseits selbst zu klagen.“ Was wird nun aber, wenn jener auf die Kompens. besteht, da sogar demungeachtet „die Gegenschuldner sich nach einer solchen Erklärung gegen jeden Dritten darauf, dass ihre Schuld getilgt sei, sollen berufen können, z. B. nicht nur der *reus princip.* wider den *creditor*, wenn der Bürge gegen diesen erklärt hat, mit einer ihm gegen denselben zustehenden Forderung kompensiren zu wollen, sondern auch der Bürge wider ersteren, um sofort gegen ihn den Regress nehmen zu können?“ Dass auf diese Weise die Frage, um welche es sich hierbei ganz allein handelt: welche Wirkungen der ausserhalb eines Prozesses geschehenen, andererseits aber

angenommen worden sind; die Aufhebung der gegenseitigen Forderungen durch die Kompensation kann also dann nur nach der letzten Aeusserung dieser Art als ein-

nicht angenommenen Erklärung eines Gegenschuldners, er wolle seine Forderung gegen seine Schuld aufrechnen, beizulegen sei, (wonach also, wie sich schon längst ergeben haben wird, nicht von einer *c. expressa*, sondern nur etwa von einer *expressio compensationis* die Rede sein könnte), nicht gelöst werde, wird weiter keiner Bemerkung bedürfen. Werfen wir nun noch einen Blick auf die bei der anderweiten Behauptung Krug's gemeinten Fälle, in denen wegen Mangels der Voraussetzungen zur *c. tacita* (m. a. W. der *comp.* überhaupt), nur *c. expressa*, nicht *tacita* möglich sein soll. Es sind diese (vergl. dens. S. 77.[161]): 1, Komp. mit bedingten und betagten Forderungen, wenn die Beding. oder der *dies* zu Gunsten des Gläubigers beigefügt worden und dieser darauf verzichten zu wollen erkläre (§. 37. 38.); 2, mit domicilirten (mit *locus solut.* §. 40.); 3, mit *species* gegen *genus* (§. 44.); 4, gegen cedirte Forderungen (§. 65. S. 171. vergl. im Text bei Anm. [13]); 5, im Konkurs unter ähnlichen Umständen wie Nr. 1, (§. 69. s. Anm. [17]); 6, der Fall, wenn der Fiskus mit Schulden kompensiren wolle, die gegen ihn nicht in Kompens. gestellt werden können (§. 75. s. Anm. [45] a. E.); 7, bei der *a. depositi* (§. 77. 3), s. Anm. [52]; 8, die beiden diesen vermeintlich analogen Fälle in §. 82. bei [507] und §. 87. S. 229. a. E.; 9, der Fall des fr. 20. §. 2. *de Statu lib.* Alle diese Fälle haben nach Krug's Ansicht das Besondere mit einander gemein, dass die Kompens. in ihnen erst mit dem Augenblick wirksam wird, wo jene Absicht erklärt wird. Dies kann vor Allem nicht als „eine gewisse Wirkung," welche die *c. expressa* allein hat, und diese voraussetzt, aufgefasst werden, weil das Verlangen der Kompens. überhaupt auch in anderen Fällen, also ohne Ausnahme, niemals fehlen kann. Es ist also auf keinen Fall ein Grund zu dem Gegensatz und der Abtheilung der *c. expr.* und *tac.* gegeben. Sodann aber ist Krug's Ansicht über Nr. 6,—8, überhaupt unrichtig, s. d. cit. Anmm., und von den Fällen unter Nr. 2, und 3, ist das Behauptete nicht bewiesen. Für die Fälle Nr. 1, und 5, ferner ist diese Erscheinung keine Abweichung, sondern die natürliche Gestaltung der Dinge davon, dass hier die Forderung, mit welcher wider eine andere kompensirt wird, früher gar noch nicht fällig war, sondern es durch die entsprechende Erklärung nur wird; für die unter Nr. 4, ist zu bemerken, dass hier die Wirkung der Kompens. eigener Forderung des *debitor cess.* an den Cessionar bezüglich der diesem cedirten Forderungen darum wider ihn nicht früher, d. h. vor der Anzeige von der Cession, als eingetreten angesehen werden kann, weil sie beiderseits erst von da an in der Person desselben zusammentreffen; und rücksichtlich des letzten, Nr. 9, endlich beruht es ebenfalls in der Nothwendigkeit, dass, wenn Jemandem eine Zahlung an einen Erben als Bedingung für den Erwerb eines Rechts *ex testamento* gestellt worden, und jener, nachdem er dieses erfahren, zu dem Ende eine Forderung an den Erben compensando angeben zu wollen erklärt, die Bedingung freilich erst nunmehr und nicht schon früher als erfüllt erscheinen kann. — Das positive dogmatische Resultat der bisherigen Erörterung enthält der obige Satz im Text. Für die Kompens. der gedachten bedingten und betagten Forderungen wird übrigens unbedenklich anzunehmen sein, dass der Verklagte hier dem Kläger die Prozesskosten erstatten müsse, indem dieser gar nicht voraussetzen konnte, dass jener davon einen solchen Gebrauch machen würde. Dagegen ist noch die Frage übrig, ob und welche Wirkung dem aussergerichtlichen Angebot der Kompensation beizulegen sei? Krug S. 82. ist der Meinung, dass sich dies der Andere, wenn die Voraussetzungen sonst zutreffen, gefallen lassen müsse, und die Nichtannahme eine Widerrechtlichkeit sei. Allein was führt sie für Folgen mit sich? Dass der Offerent (s. dens. S. 208.) seine eigene Forderung nun einklagen könne, ist natürlich für eine solche so wenig zu erachten, als dass er es abwarten und darauf ankommen lassen kann, dass ihn der Andere verklage, um diesem förmlich *exc. compens.* entgegenzusetzen. Dass aber in der Ablehnung eines solchen Anbietens eine Widerrechtlichkeit enthalten sei, und gar eine gesetzlich ausgesprochene, ist von der Wahrheit so weit entfernt, dass ich selbst eine heutige *provocatio ad agendum* unter solchen Umständen nicht für begründet halte. Krug geht aber noch weiter, indem er der Meinung ist, dass in Fällen dieser Art sogar jedem Gläubiger die Pflicht auf-liege, das, was er dem Anderen schuldet, zu seiner eigenen Befriedigung zu verwenden. Wie soll aber diese verstanden, und welche Folgen

getreten angesehen werden[62]. — Die Fiktion der Zahlung äussert sich dann auch darin, dass die auf das Ausbleiben der Zahlung der eignen Schuld gesetzten nachtheiligen Folgen nicht geltend gemacht werden können, also wie nicht eingetreten, und dass umgekehrt die, die Zahlung begleitenden Folgen als eingetreten betrachtet werden[63]. Andererseits versteht sich aber nicht minder, dass das Nämliche auch bezüglich der kompensirten Forderung gilt[64]. — Ist von einer Gegenforderung zum Behuf der Kompensation kein Gebrauch gemacht worden, so besteht sie unberührt für sich fort, und kann mithin selbstständig klagbar gemacht werden, wenn sie das sonst ist[65]; dasselbe gilt von denen, welche zwar zu dem Ende vorgeschützt, aber als ungeeignet dazu zurückgewiesen worden sind[66]. Auch kann, wenn mit einer Forderung hätte kompensirt werden können, der Gläubiger daraus aber das aus Irrthum oder Unwissenheit unterlassen und anstatt dessen seine Schuld bezahlt hat, diese wie eine bezahlte Nichtschuld zurückgefordert werden[67]. Von selbst endlich versteht sich, dass, wenn der Eine an den Anderen mehrere Forderungen, dieser an jenen aber nur eine hat, ebenso die letztere beliebig auf eine der ersteren, wie jede von diesen wider jene in Kompensation gestellt werden kann[68].

sollen ihr beigelegt werden? Die Möglichkeit, durch *exc.* die Abrechnung gegen ihn herbeizuführen, kann natürlich nicht dafür erachtet werden. Nur die Unzulässigkeit der Klage auf eine Forderung, der eine andere entgegensteht, und also etwa ihre Zulässigkeit nur auf den Ueberschuss könnte dafür gehalten werden. Auch davon aber gilt nicht nur das Gegentheil, sondern es kann auch von einer solchen Pflicht gar nicht die Rede sein, vielmehr ist der Gläubiger durch Gegenforderungen unbehindert, seine Forderungen beliebig zu verfolgen, nur dass er freilich sich der Kompensation und ihren Folgen von Seiten des Verklagten aussetzt; s. darüber Anm. 68 Nr. 2.

62 Ich finde diesen Umstand nirgends berührt, gleichwohl aber ist die obige Modifikation eine nothwendig gebotene.

63 Fr. 31. §. 1. *de H. P.* erkennt das für die Konvent.-Strafe ausdrücklich an; übrigens gehört hierher einmal Nichteintritt des Verzugs, und der Privation der Emphyteusen wegen rückstelligen Kanons u. s. w., und andererseits das Aufhören des Zinsenlaufs, fr. 11. 12. *h. t.* c. 4. 5. *h. t.* c. 7. *de Solut.* die Befreiung der Pfänder, fr. 4. *Qui potior.* (vergl. Anm. 61) Bürgen u. s. w., vergl. Krug a. a. O. S. 71. und 78., letztere wieder in der Art, dass sie nun, durch die Kompens., als früher schon (*ipso jure*) geschehen sich feststellt. Natürlich darf der Kompensant die eigene Forderung inzwischen nicht geltend gemacht haben. S. noch folg. Anm.

64 Mit diesem Satz verhält es sich wie mit dem bei Anm. 62. Es kann sich also in Folge der wirksamen Vorschützung der Kompens. später zeigen, dass gegenseitige Forderungen, welche bisher als bestehend betrachtet und behandelt wurden, namentlich also auch bezüglich von Bürgen und Pfandrechten, nun als längst erloschen zu betrachten sind, was denn auch rücksichtlich dieser letzteren folgenreich sein kann.

65 Fr. 1. §. 4. *h. t.*

66 Fr. 7. §. 1. *h. t.* wegen naturaler vergl. Anm. 42 I. a. E. Wenn die Zurückweisung nur wegen Illiquidität geschehen, lässt man die *condictio sine caussa* auch zu, vergl. Krug §. 98. und Fuhr S. 254.

67 Fr. 10. §. 1. *h. t.* arg. fr. 30. *de Condict. indeb.* vergl. Krug §§. 97. 98. und damit Fuhr S. 254 ff.

68 Es kommen hierbei noch einige prozessualische Punkte in Betracht. 1) Um eine Forderung durch Kompens. geltend zu machen, ist rücksichtlich ihrer thatsächlichen Grundlage und ihres Betrags natürlich beim Vorbringen ganz dasselbe zu beobachten, wie wenn Klage erhoben würde. Dass ausdrücklich die Absicht der Kompens. erklärt werde, ist nicht erforderlich, sondern sie folgt schlussweise. Von Amtswegen hat der Richter niemals Rücksicht darauf zu nehmen. Vergl. Krug §. 85. Eine generelle Klage, d. h. eine solche, wodurch nur das Recht selbst verfolgt, der Betrag der Summe aber einer Ausmittelung in einem späteren Liquidationsverfahren vorbehalten wird, ist schon aus Rücksicht auf das Erforderniss unter Nr. 4, vorher in der Form der Kompens. nicht zulässig. S. auch dens. S. 249. 2) Dass ein Gläubiger, der selbst auch Schuldner seines Schuldners unter solchen Umständen ist, wo

§. 105.

C. *Novation und Schuldverwandlung.*

Es wurde schon z. A. des §. 101. solcher Veränderungen der Obligationen durch die Betheiligten als möglich gedacht, wodurch die Umwandlung einer be-

Kompens. möglich ist, auf die von ihm geschuldete Summe in sofern Rücksicht nehmen müsste, dass er nur den Ueberschuss fordere, ist natürlich nicht der Fall und so ist auch nicht etwa fr. 4. *h. t.* zu verstehen; die im älteren R. R. für Argentarien und den *bonor. emtor* bestehende Nothwendigkeit dieser Art, s. Gai. IV. §. 64 ff. *alia caussa est illius actionis, qua argentar. experitur, nam is cogitur cum compens. agere etc.* (worin also sogar ein ganz entschiedenes *arg. e contrario* für Forderungen Anderer liegt), ist aus der eigenthümlichen Geschäftsart der Arg. zu erklären, wonach nur der Rest nach gegenseitiger Abrechnung als wahre Schuld ihres *debitor* erschien; vgl. Krug §. 13. nach Hasse und Bethmann-Hollweg, und jetzt Dernburg a. a. O. S. 25 ff., während er für das praktische Recht S. 222. behauptet, dass, wenn der Kläger in der Klage erkläre, nicht abrechnen zu wollen, er darin eine Widerrechtlichkeit begehe, indem er abrechnen müsse, so lange der Beklagte nicht auf dieses Recht verzichte. Neben der zugegebenen Natur des Kompens.-R. als einer *exceptio*, welches vom Berechtigten ausdrücklich geltend gemacht werden muss, ist diese Meinung ganz unbegreiflich. Allerdings aber setzt er sich der Möglichkeit der Kompens. aus, womit dann eine Kostenkompensation eintreten wird. Will er dem vorbeugen, so muss er in der Klage seine eventuelle Bereitwilligkeit, (wenn der Schuldner kompensiren wolle) die Abrechnung geschehen zu lassen, erklären und also eventual. nur den Rest fordern. Oefters geschieht nun ein solches Anführen in der Gestalt, dass der Kläger einfach vorträgt: A. schuldet mir *ex mutuo* 10, ich ihm *ex vendito* 5, nach Abrechnung dieser 5 fordere ich daher noch 5. Wenn nun A. die *venditio* leugnet, oder z. B. 12. als *pretium* daraus behauptet, oder sich der Einmischung seiner Forderung in den Prozess durchaus widersetzt, so kann allerdings nur auf die wirklich geforderten 5 vom Richter erkannt werden; die anderen 5 bleiben dann obschwebend und unberührt. 3) Die Frage, wann im Prozess die *exc. compens.* vorgeschützt werden müsse, resp. noch dürfe, wird von den meisten Prozessualisten mit der Unterscheidung beantwortet, ob die Gegenforderung *ante* oder *post litis contest.* entstanden sei? im ersteren Fall könne die Kompens. ohne besondere Beschränkung noch bis zum Urtheil vorgeschützt werden, nachher, also in der Exekutionsinstanz, nur wenn die Forderung liquid sei; im zweiten Fall treffe das Nämliche zu, aber hier werde stets Liquidität erfordert. Immer aber müsse, wenn die Kompens. nach dem Urtheil erst vorgeschützt werde, der Kompensant Zinsen und Kosten der Gegenforderungen bis zum Zeitpunkt der Vorschützung zahlen, indem die Wirkung *ipso jure* hier durch das inzwischen ergangene Erkenntniss ausgeschlossen werde. S. Krug §. 86. 87. und die dort Gen. Es ist jedoch nicht nur die Zulässigkeit der Fälle der ersten Art sehr bestritten, indem Viele darauf die allgemeine Vorschrift des J. R. A. §. 37. 38. anwenden, sondern auch behauptet worden, dass die *exc. compens.* rücksichtlich der Zeit ihres Vorbringens immer und ohne Ausnahme jeder anderen völlig gleichstehe, s. Gensler im Archiv Bd. III. S. 208 ff. So verbreitet nun auch die Ansicht von der Zulässigkeit der *exc. comp.* unter den gedachten Umständen in der Doktrin, wie in der Praxis seit uralter Zeit (s. z. B. *Stryk Usus modern. Pand. ad h. tit.* §. 11.) und auch in vielen Partikulargesetzgebungen ist, s. z. B. Kori sächs. Proz. Bd. I. §. 194., so ist es (den Fall der *noviter reperta* bei Seite gesetzt) doch der sehr bestimmten Vorschrift des J. R. A. gegenüber nur etwa mittelst der Anschauung Hasse's a. a. O. S. 205 ff. juristisch zu rechtfertigen, dass der Verklagte jeder Zeit Zahlung leisten könne, dies sei durch baare Leistung sowohl wie durch Aufgeben einer liquiden Gegenforderung möglich, und somit sei die *exc. compens.* nur *loco solutionis*, — und dazu wird dann erfordert, dass der Verklagte dabei die geklagte Schuld eingestehen müsse, die Wirkung der Kompens. aber übrigens, bis auf den Fall, wenn schon *res. jud.* ergangen, als die gewöhnliche angenommen. Vergl. Fuhr a. a. O. S. 233 ff. Schmid Handb. des Proz. Bd. II. S. 54. Ich kann nicht verhehlen, dass ich hierbei doch immer den eigentlichen Hauptpunkt, auf den

stehenden in eine neue herbeigeführt wird. Hierin liegt in sofern auch noch eine Befriedigung der ersteren, als anstatt der Leistung aus ihr die aus einer anderen zugesagt, und dagegen die Forderung jener aufgegeben wird. Es ist dazu eine zwiefache Form vorhanden, die Novation oder Schulderneuerung, und die Schuldverwandlung [1].

a. Die Novation [2] ist der Vertrag, wodurch an die Stelle einer bestehenden

Alles ankommt, dass nämlich das Aufgeben einer liquiden Gegenforderung der Zahlung gleichstehe, für den einen wie den anderen Fall nichts weniger als bewiesen finde, Hasse's Demonstration ist und bleibt in offenbarster Opposition mit dem J. R. A. §. 37.

[1] S. folg. Anm.

[2] Fr. 1. pr. *de Novation.* (künftig *h. t.* cit.) §. 3. *I. Quib. mod. toll. obl.* Im praktischen Recht ist nur die Nov. durch Vertrag möglich, die *voluntaria* oder freiwillige, während die sog. *necessaria* des älteren R. R. völlig verschwunden ist, s. §. 33. Anm. [6] und §. 34. Anm. [10]. Erscheinungen, welche man als Wirkungen dieser Novation aufzählt, wie die, dass durch Klaganstellung, oder, was man nach reinem R. R. dafür noch beibehält, durch die Litiskontestation eine alternative Obl. sich in eine einfache verwandle, Befreiung des Schuldners, den ein Korrealgläubiger verklagt hat, von den übrigen, und Verpflichtung des Schuldners gegen den Cessionar, stehen jetzt unabhängig für sich, die Zurückführung derselben auf jenen künstlich rekonstruirten Begriff kann nur zu Misverständnissen führen. S. die cit. Anmm. Dasselbe gilt aber auch davon, wenn man (s. z. B. Mühlenbruch §. 474. z. A. Wening §. 247. z. A.) von einer Nov. im weiteren und engeren Sinn spricht und unter ersterer jede Veränderung eines bestehenden Obligationsverhältnisses versteht; eine solche existirt nicht, vergl. *Dirksen Manuale latinit. h. v.* §. 1. 2. Die allgemeinere Bedeutung, worin *nov.* der *permutatio* nahe kommt, hat gar nicht auf Oblig. als Kunstausdruck Bezug. Ebenso unrichtig ist dann der erfundene Gegensatz der privativen und kumulativen Novation, wobei unter ersterer die Zerstörung der bisherigen Obligation und deren Verwandlung in eine neue, unter letzterer nur Vermehrung oder Verbesserung der Wirkungen verstanden wird, und man c. 8. *h. t.* vor Augen hat, während nach der letzteren, wenn man fr. 1. pr. *d.* und fr. 2. *h. t.* festhält, hier gar keine Nov. eintritt, sondern *duae oblig.* s. Anm. [25]. Nicht besser ist es, wenn Mühlenbruch a. a. O. es für richtiger hält, der privativen die abändernde Nov. entgegenzustellen, von der dann die kumulative eine Unterart sei, und zwar unter Bezug auf die durch das Constitutum möglichen Aenderungen des Inhalts einer bestehenden Obl. s. oben S. 310 f.; denn in allen hierher gehörigen Stellen ist natürlich von *novatio* nirgends die Rede, des Vergleichs wegen aber wahrlich eine solche den Unterschied verwischende Gegeneinanderstellung in der Form nicht dienlich, geschweige nöthig. Der Grund zu diesen Irrungen reicht aber noch viel weiter; die ganze gewöhnliche Doktrin von der Novation scheint zum grossen Theil sich nicht darüber klar und bewusst zu sein, was sie lehrt und auf einem Misverständniss zu beruhen, dessen Untersuchung sogar zu der Frage führt, ob es noch eine Novation in unserm Recht gebe, und ob sie in der Art möglich sei, wie jene vorauszusetzen scheint, oder nach ihr angenommen werden muss? eine Frage, die ich einzig bei Gneist formelle Vertr. S. 148. u. 229. berührt finde, und die eine ausführliche Erörterung erfordert. Es steht fest, dass nach R. R. — der Formen des älteren zu geschweigen. — wie dieses in das Corp. Jur. aufgenommen worden, Nov. einzig durch Stipulation möglich ist, s. fr. 1. §. 1. fr. 2. *h. t.* *Gaius* II. §. 38. coll. §. 1. 2. Inst. *Quib. mod. obl. toll.* und dazu *Schrader Comment. c. 2. de Execut. rei jud.* Zwar hält Mühlenbruch §. 475. auch das Constitutum und das *pactum jurisjurandi* (letzteres wenn der Delat sich die Schuld aussergerichtlich zuschwört, des Vergleichs, s. dens. §. 476. z. A. u. s. w. gar nicht zu gedenken), für Formen der Novation, allein dabei ist für das erstere schon dieser Begriff offenbar willkührlich gebildet oder angewendet, indem nach R. R. beim Constitutum nirgends von *novatio* die Rede ist, durch dasselbe ja auch eine Obl. nicht aufgehoben, sondern bestärkt wird. In Verbindung mit dem zweiten kommt zwar in fr. 26. §. 2. *de Jurejur.* der Ausdruck *novare* wie *delegare* vor, allein nur vergleichsweise und der Aehnlichkeit wegen, s. auch die *Basil.* Lib. 22. tit. 5. §. 26. schol. 5. 6. *Cujac. Op.* Tom. V. p. 219. und Unterholzner a. a. O. S. 622. Wenn dagegen letzterer Novation ohne Stipulation schon nach R. R. für die *consensu oblig.* für möglich

Obligation eine andere dergestalt gesetzt wird, dass jene nicht mehr bestehen und erlöschen, dafür aber eine neue begründet sein soll, welche die erstere in sich aufnimmt. Derselbe kann sowohl zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner allein eingegangen werden, als unter Zuziehung eines Dritten, der an Stelle des Gläu-

hält, so ist das wieder eine Vermischung mit der Aufhebung der Obl. durch *mutuus dissensus*. Wenn nun also, und damit komme ich auf den Hauptpunkt, die Neueren einstimmig lehren, dass heutzutage Novation durch einfachen Vertrag möglich sei, indem die Stipul. antiquirt ist, so entsteht eine Frage, welche sie nicht berühren, wodurch aber die Anwendbarkeit der ganzen Lehre bedenklich wird, nämlich: worin nunmehr für diesen Vertrag die *caussa* beruhe? (Vergl. §. 96. S. 257 ff.) Wollte man antworten: in der vorigen Obligation, welche die neue in sich aufgenommen habe, so ist dieses wenigstens nicht der römische Gesichtspunkt, weil von diesem aus die *stipulatio* als Formalakt die *caussa* vertrat, s. §. 96. Anm. [25]. und den heutigen scheint keiner aufgesucht zu haben. Es leidet zwar keinen Zweifel, dass der eine Novation enthaltenden Stipul. die *exc. doli* in demselben Sinn, wie ebendas. ausgeführt worden, möglicher Weise entgegenstehe, sie galt jedoch an sich durch die formelle *caussa* allein, was jetzt unmöglich ist. Daneben kommt nun folgendes Weitere in Betracht. Die Verwandlung einer Obl. in eine andere, so dass die erste die materiellrechtliche *caussa* für die zweite wird, ist schon nach R. R. durch blosse Konvention möglich, s. z. B. fr. 9. §. 9. *de R. C.* Verwandlung eines Depositi in ein Darlehn, fr. 15. *eod.* Verwandlung der Obl., *ex mandato* erhobene Gelder herauszugeben, in ein Darlehn, fr. 44. §. 1. *de Administrat. et peric. tut.* (s. dazu Glück Komm. Bd. XXX. S. 310. [75]), Verwandlung eines Rechnungsrests aus einer Vormundschaftsverwaltung in eine verzinsliche Schuld, auch fr. 9. pr. *h. t.* (In fr. 44. §. 6. *de O. et A.* finde ich jedoch weder ein Beispiel von Schuldverwandlung, noch von Novation, sondern nur vergleichsweise auf diese hingedeutet; vergl. §. 88. Anm. [20] Nr. 4. Unterholzner S. 629. [5] a. E. findet darin eine der Anm. [25] erwähnten Vermuthungen). Hier scheint c. 6. *Si certum pet.* in ihrer zweiten Hälfte (*Si vero etc.*) einige Schwierigkeit durch Widerspruch zu machen, *Cujac. Op.* T. IX. pr. 208. versteht dieselbe so: dass in ihr *non id convenisse*, als vorausgesetzt zu denken sei, *ut pecunia quae debebatur ex vendito, mutua fieret, sed adscripta falsa caussa obligationis, puta mutui, convenit de usuris; verum si ita convenisset, ut ea pecunia fieret mutua, quod tamen non ita proponitur in hac lege*, dann entscheide fr. 15. *de Reb. cred.* Sollte diese Auslegung nicht die richtige sein, und es ist nicht zu leugnen, dass viel für die Nothwendigkeit spricht, auch für die zweite Hälfte der Stelle die Voraussetzung des Eingangs (*Si ex pretio debitae quant.*) als wiederholt anzunehmen, so dass nur vom Unterschied der Anwendung und des Mangels der Stipul. in ihr gehandelt wird, so würde darin offenbar nur eine der gerade beim Darlehn mehrfach vorkommenden wirklichen Meinungsverschiedenheiten über Wirksamkeit der Verwandlung anderer Obl. in ein solches enthalten sein, s. §. 108. Anm. [10]. Es giebt also, auch abgesehen von der durch *mutuus dissensus* möglichen Aufhebung von Konsensualobligationen, welcher stillschweigend in einem neuen *consensus* anderen Inhalts enthalten sein kann (s. §. 106. G.), im R. R. noch ausser der Nov. eine Form für Verwandlung von Obligationen, die jener, wie sie nach den vorherigen Bemerkungen im heut. Recht nach Wegfall der Stipul. nur sein kann, so nahe verwandt ist, dass die Frage nach einem Unterschied von grösster Wichtigkeit wird, indem es von ihrer Beantwortung abhängt, ob wir überhaupt noch von einer Novation im praktischen Recht reden können? Nach R. R. erlischt nun durch Konventionen der gedachten Art die frühere Obl. offenbar nicht *ipso jure*, sondern es ist, wenn sie geltend gemacht werden sollte, *exc. doli* nöthig, s. auch fr. 9. pr. *h. t.*; die *novatio* hingegen wirkt *ipso jure* (s. Anm. [4]). Dieser Unterschied ist kein blos prozessualischer, sondern auch ein materiellrechtlicher, indem im letzteren Fall die vorige Obl. völlig aufgelöst ist. Dass, vorerst, auch heutzutage über eine bestehende Obl. eine Konvention des Inhalts geschlossen werden könne, die bestehende Obligation selbst solle wirklich aufgehoben sein, also objektiv, nicht blos als *pact. de non petendo*, ist nicht zu beanstanden; vergl. Büchel Erörter. Bd. II. S. 45 ff. Vangerow Bd. III. S. 99. Fritz zu Wening Bd. II. S. 422. Im heutigen Prozess die Wirksamkeit eines solchen Vertrags in Frage gedacht, würde allerdings die Allegation desselben ebenso erforderlich sein, wie die

bigers oder des Schuldners, oder auch eines Vierten, der dann an die Stelle des anderen eintritt, so dass Wechsel der Personen auf beiden Seiten Statt findet, als endlich zwischen dem Gläubiger und einem Dritten allein, der an des Schuldners Stelle eintritt. In diesen einen Wechsel beider oder einer Person enthaltenden

einer geschehenen Schuldverwandlung der vorgedachten Art, allein das ändert natürlich am Charakter des ersteren nichts, denn es bedurfte ja im römischen Prozess nicht minder der Allegation einer geschehenen Novation. Dass aber ferner, wenn auch die eigentliche römische Novation, d. h. durch Stipulation, nicht mehr möglich ist, dennoch deren Wirkung durch blosse Konvention erreicht werden könne, (was die gewöhnliche Darstellung ganz unbedenklich, aber ohne die hier erörterten Schwierigkeiten gefunden zu haben, annimmt), das kann nach m. E. aus folgenden Gründen gerechtfertigt werden. Das eigenthümliche Kriterium der Nov. ist das Erlöschen der vorigen Obl. *ipso jure* durch das Entstehen der neuen. Dieses wird nicht durch die Form der Stipul. an sich, sondern durch den dieser zu Grunde liegenden, resp. ausdrücklich ausgesprochenen *animus novandi* erreicht, das ist nach c. ult. *h. t.* den ausdrücklichen Erlass der vorigen Obl. und die Bestimmung, dass nunmehr an deren Stelle die neu eingegangene gelten solle (s. Anm. 25). Dass dieser sich auch in einer anderen Form der Obligirung nach R. R. habe aussprechen können, als in der Stipul., ist allerdings zu verneinen, da dasselbe unter *novari* immer *sc. verbis* versteht (s. weiter oben). Nachdem aber diese Form bei uns völlig antiquirt und durch die Konvention ersetzt ist, so sehe ich keinen Grund, aus welchem zu verneinen wäre, dass nunmehr der *animus novandi* sich in dieser aussprechen könne, wobei die nach den allgemeinen Grundsätzen unserer Vertragslehre erforliche materiellrechtliche *caussa* in der Aufhebung der vorigen Obl. beruht, die als ein wesentlicher Bestandtheil der neuen erscheint. (Wegen c. 8. *h. t.* s. jedoch noch a. E. der Anm. 25). Hiermit gelange ich zu einem von dem Gneist's a. a. O. S. 229., wie ich es wenigstens verstehe, abweichenden Resultat, welcher der Meinung ist, „dass im heut. Recht die Nov. im röm. Sinn, — worunter also nur ihre Eigenthümlichkeit als eine besondere Konvention und die ihrer Wirkung verstanden sein kann, — gar nicht mehr vorkommen könne," mithin dieselbe jetzt nur durch die Verwandlung der Obl., die aber etwas ganz Verschiedenes sei, vertreten werden würde, s. dens. S. 148. Er kommt dazu durch die Reflexion, dass die Stipul. ursprünglich an die Fiktion des Darlehns geknüpft worden, also eine fingirte *caussa antecedens* enthalte. „Da wir nun keine *caussas oblig.* fingiren, nach unserer Anschauungsweise (wegen des Erfordernisses der materiellrechtlichen *caussa*), aber doch, wenn man z. B. *ex vendito* einen *fundus* schulde, um diese Verbindlichkeit zu einer anderen *ad tradendum* zu gestalten, angenommen werden müsste, dass diese letztere nicht aus dem Kauf, sondern z. B. aus einem Tausch, einer Erbtheilung u. s. w. entspringen solle, so könne eine Novation in diesem Sinn nicht mehr vorkommen. Das zweite Versprechen (als Anerkenntniss) habe, da jeder Vertrag eine *caussa* haben müsse, eine und dieselbe *caussa*, wie die vorige Obl., und davon gelte: *qui bis idem stipulatur, is eo jure amplius quam semel non tenetur*, fr. 18. *de V. O.*" Allein — es ist ja bei geschehener Novation auch gar nicht beabsichtigt, dass *idem bis debeatur?* Allerdings kennt unser Recht keine fingirte *caussas*, und eine Konvention mit *animus novandi*, dass z. B. dasjenige, was aus einem Kauf geschuldet wird, von nun an nicht mehr daraus, sondern aus einem Erbvergleich geschuldet werden solle, würde freilich unnütz und erfolglos sein, gerade, wie wenn bei einer blossen Schuldverwandlung für das neue Verhältniss Voraussetzungen erfordert würden, die in dem bisherigen nicht gegeben sind, s. im Text unter B. Warum aber soll nicht in den vorher aus den Quellen für eine Schuldverwandlung angeführten, gerade hier auch passenden, Beispielen bei vorhandenem *animus novandi* durch Konvention dieselbe Wirkung, wie im R. R. durch Stipul. herbeigeführt werden können? Von Fiktion einer *caussa* ist hier gewiss nicht die Rede, *caussa* der neuen Obl. ist die vorige, mit der sie ja in nothwendigem Bezug stehen muss, also dass das neue Versprechen gegen Aufhebung der vorigen Obligation geschieht. Diese Veränderung ist, wie schon bemerkt, allerdings für die Nov. anzuerkennen, wenn wir von einer solchen reden wollen, allein dazu halte ich mich nach dem Bisherigen auch für verpflichtet; denn ohnedies würde man nur den Begriff der Verwandlung der Forderungen übrig haben, ein Begriff, der mit dem des Austausches nicht zu-

Fällen kann aber zugleich noch ein anderer Zweck erreicht werden, nämlich der der Uebertragung der Forderungen auf Andere und der Uebernahme bestehender

sammentrifft, und ist der *animus novandi*, die Absicht, dass die erste *ipso jure* und nicht blos *ope exceptionis* in Folge der Konvention aufgehoben sein solle, nicht unmöglich geworden, warum soll er dann nicht auch seine römische Wirkung behalten haben? Hiernach muss ich in der Doktrin unseres Rechts ein zwar nach dem Voranstehenden im Vergleich zum R. R. modifizirtes, allein von dem der blossen Schuldverwandlung doch mehrfach wesentlich verschiedenes Institut der Novation anerkennen. Ausser der soeben angedeuteten Verschiedenheit nämlich besteht eine solche ferner namentlich darin, dass der Begriff des Austausches, den ich für die Novation annehme, auch eine neue der vorigen generisch gleiche Obl. zulässt, so dass auch nur unwesentliche Veränderungen vorkommen können, die Schuldverwandlung aber nicht. Denn es erfordert, ferner, diese immer für die neue Obl. einen formell bestimmt ausgeprägten Charakter, z. B. Darlehn, Kauf u. s. w., dessen Voraussetzungen schon in dem bisherigen Verhältniss gegeben sein müssen; bei jener aber kann für die neue Obl. zwar auch das zutreffen, (so in den obgedachten Beispielen, oder wenn man annimmt, dass Jemand eine Sache erhalten hat, um sie zu verkaufen und den Preis als Darlehn zu behalten, und dieses Verhältniss, bevor der Verkauf geschehen, wiederaufgehoben und anstatt dessen bestimmt worden, der Empfänger solle die Sache als Depositum behalten oder verpfänden dürfen; heutzutage ist auch die Verwandlung in eine Wechselschuld dafür zu erachten;) entgegengesetzten Falls aber findet dieselbe immer schon in dem Austausch der vorigen Obl. ihre *caussa*, so dass es nicht darauf ankommt, dass für die neue Obl. noch ausserdem eine anderweit bestimmte besondere Form bestehe; z. B. also, es ist Jemand dem Anderen *ex pauperie* Schadensersatz schuldig, und sie kommen überein, dass der erste, indem der letztere diese Forderung *specialiter remittit*, anstatt dessen ihm ein Fass Wein (von einer bestimmten Sorte) liefern solle. — Zuletzt ist noch folgende Frage übrig, welche auf das ganze bisherige Resultat einen modifizirenden Einfluss ausüben zu können scheint. Ist nämlich das Erforderniss der *caussa* nicht unmittelbar auf die Worte der c. ult. *d.* zurückzuführen: *nisi specialiter remiserint quidem prior. obl. et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint*, — und scheint nicht also diesen Worten gemäs, ungeachtet der Stipulationsform, im justin. R. wenigstens schon die Novation auch in der Form, d. i. ihrem äusseren Erscheinen, diesem materiellrechtlichen Erforderniss entsprochen haben zu müssen? Die Parthei, welche bei dem Streit um die *novatio tacita* (s. Anm. [25]) eine solche Erklärung in ausdrücklichen Worten nicht erfordert, verneint allerdings die Frage, wenn sie freilich die Absicht als vorhanden erfordert. Die andere würde sie hingegen als einen neu vorgeschriebenen, immer zunächst aber doch nur formellen Zusatz oder Bestandtheil der Stipulation ansehen müssen. Danach wäre dann jetzt bei der Nov. das, um sie in der jetzigen Form aufrecht zu erhalten, aufgestellte Erforderniss der *caussa* nicht gerade als etwas Neues, durch Antiquirung der Stipul. für die Gültigkeit der Konventionen Gebotenes zu betrachten, sondern es wäre nur materiellrechtlich geworden, während es nach justin. R. aus formellen Gründen nicht fehlen konnte. Dieses Resultat erkenne ich als das endliche und richtige an; hierauf beruht die Darstellung dieser Lehre im Text, und ich bemerke dazu nur schliesslich noch: 1) dass durch die für die Form der Nov. in unserem Recht freier und allgemeiner gewordene Gestalt die praktische Folge entsteht, dass die Novation (sobald kein Personenwechsel eintritt) in ihrem äusseren Erscheinen mit der blossen Schuldverwandlung soviel Gemeinschaftliches hat, dass, wenn nicht der *animus novandi* deutlich hervortritt, Verwechselungen möglich sind, die erstere jedoch, wenn dieser Zweifeln unterliegt, in der Form der zweiten, sobald wenigstens deren Voraussetzungen zutreffen, aufrecht erhalten und wirksam werden kann. Nach der c. ult. *d.* mögte dieses darum nicht möglich gewesen sein, weil immer doch eine Stipul. geschehen war. (Vergl. übrigens noch Anm. [25]). 2) Dass die römischen besonderen Bestimmungen für die Novation, abgesehen von ihrer Eigenschaft als Formalakt, natürlich auch auf die modifizirte Nov. des heutigen R. übertragen werden müssen, zumal diese ohnehin nichts Singuläres vorschreiben, sondern Konsequenzen aus der Natur des Geschäfts sind. Ich hebe dies besonders wegen der Benutzung der Quellenzeugnisse hervor.

Verbindlichkeiten durch Andere (vergl. oben S. 385.), und hierdurch entstehen neue Begriffe und Bestimmungen für die darin enthaltenen Rechtsgeschäfte [3]. Hierüber wird nachher das Weitere folgen, während zuerst die auch diesen gemeinschaftliche Natur der einfachen Novation zu erörtern ist.

I. Die Novation umfasst zwei Wirkungen, die Auflösung einer bestehenden Obligation mit allen ihren bisherigen Folgen, und die Entstehung einer anderen, und zwar dadurch und in der Art, dass die letztere die erstere ersetzt, also eine Befriedigung des Inhalts jener durch den Inhalt dieser gewährt [4]; beide müssen daher in unmittelbarer Verbindung und in Bezug aufeinander stehen. Dieser Vertrag wird häufig mit dem vorigen, wenn die novirte Obligation aus einem solchen entsprang, und im Vergleich zu dieser nur Veränderungen in Nebenbestimmungen beabsichtigt sind, (s. nachher Nr. 2,) generisch gleich sein, er kann aber auch, wenn die bestehende Obligation die thatsächlichen Voraussetzungen zu der Möglichkeit darbietet, die bestimmte Form einer anderen Vertragsart annehmen, z. B. die des Darlehns oder Depositums, und darin mit der blossen Schuldverwandlung übereinkommen, allein auch in Ermangelung beider Möglichkeiten charakterisirt denselben der geschehene Austausch schon allein vollständig. Ob der Gläubiger daraus wirkliche Befriedigung erlangt, ändert an jener Wirkung nichts, und eine Vereitelung dieser Erwartung lässt nicht etwa die vorige Obligation wieder aufleben [5]. Geeignet dazu ist jede Obligation ohne Rücksicht auf ihren Ursprung [6], auch betagte [7]; es können auch eben sowohl mehrere zusammengegriffen [8], als eine nur zum Theil novirt werden. Die neue Obligation besteht, sobald sie wirklich Bestand gewinnt (vergl. bes. nachher Nr. 1.), unabhängig von der vorigen für sich [9], und ist nach

[3] Diese einzelnen Gestaltungen folgen nachher unter II., man spricht in diesen Fällen von einer *novatio per expromissionem vel delegationem*, im Gegensatz zur *novatio simplex*. — Man kann daher fragen, wo im System der Delegation, denn um diese handelt es sich besonders, eigentlich ihr Platz anzuweisen sei? Indessen bin ich nicht zweifelhaft, dass sie vorzugsweise hierher schon darum gehört, weil sie in den Quellentiteln der Pandekten wie des Codex mit der Novation zusammengestellt ist; der obgedachte Zweck ist auch nur ein mittelbarer. Dagegen ist aber allerdings der Delegation sowohl wie des Eintritts in eine fremde Schuld ohne sie (II. Nr. 1,) auch in Kap. V. wiederholt zu gedenken und in diesem die für dessen Inhalt relevante Seite dieser Geschäfte zu erörtern.

[4] §. 3. *I. Quib. mod. obl. toll.* fr. 1. pr. *h. t.* fr. 8. §. 2. — *impleri prior. stipulationis condition.* — c. 2. 3. *h. t.* in fr. 31. §. 1. *h. t.* fr. 37. §. 4. *de Operis libert.* und fr. 8. §. 3. *ad Sct. Vellejan.* ist die Aehnlichkeit mit der Zahlung ausdrücklich anerkannt. An Folgen dieser sind z. B. Wegfall der Konventionalstrafe, der Pfandrechte (s. jedoch §. 81. Anm. [11]), des ferneren Zinsenlaufs und der Bürgschaften und Vorzugsrechte genannt in: fr. 15. 18. 27, 29. *eod.* und fr. 60. *de Fidejuss.* c. 4. *eodem*, ferner der Wegfall der Wirkungen der *mora*, fr. 8. pr. *h. t.* fr. 17. *de Condict. furt.* Ueber die aufhebende Wirkung der Nov. bei einer Korrealschuld s. §. 89. bei und in Anm. [18].

[5] C. 3. *h. t.* (v. *Quodsi etc.*).

[6] Fr. 1. §. 1. fr. 2. *h. t.*; es ist sogar wegen der Selbstthätigkeit, in welcher der Schuldner dabei auftritt, möglich, dass sonst streng an die Person geknüpfte Forderungen durch Delegation auf Andere übergehen können, dagegen hat aber in diesen Fällen auch die Novation nicht die Wirkung *ipso jure*, sondern gewährt nur *exc. doli*, denn sie ist eigentlich mehr ein Vergleich; s. fr. 4. *h. t.* und vergl. Sintenis in d. Zeitschrift Bd. X. S. 79 ff. und auch Unterholzner a. a. O. S. 627. p) Nr. 1. Blos solche Forderungen, deren Leistung nur an eine bestimmte Person geschehen kann, um ihren Zweck zu erfüllen, können nicht durch Delegation novirt werden, s. fr. 59. §. 1. *de J. D.* vergl. dens. S. 631. n).

[7] Fr. 5. *h. t.*

[8] Fr. 34. §. 2. *h. t.* auch die Forderungen an mehrere Personen, so dass eine Verbindung der Nov. unter I. und II. im Text vorkommen kann.

[9] Dieses tritt z. B. darin hervor, 1) dass der

den allgemeinen für die Entstehung der Obligationen aus Verträgen geltenden Grundsätzen[10], und so denn zunächst nach den konkreten Beabredungen zu beurtheilen[11]. Im Besonderen sind für die Gültigkeit und den Inhalt der Novation folgende Erfordernisse und Bestimmungen zu beachten:

1. eine Novation ist nicht möglich, wenn nicht eine Obligation bestand, welche aufgehoben werden soll, und also, wenn gar keine, oder eine ungültige, denen jedoch eine solche, der eine Exception hätte entgegengesetzt werden können, nicht beizuzählen ist, vorhanden war, die Entstehung einer neuen unmöglich, indem es ihr ohnedies an einer *caussa* fehlt[12]. War daher die bestehende Obligation an

neuen Obl. nicht die Exceptionen entgegengesetzt werden können, welche der vorigen entgegenstanden, s. fr. 12. 19. 33. *h. t.* fr. 4. §. 20. *de Doli exc.*, dass 2) Vorzugsrechte der vorigen Forderung nicht auf die neue übergehen, fr. 29. 33. *h. t.* 3) dass, wenn die vorige ihrer Natur nach unverzinslich ist, es darum nicht auch die neue wird, fr. 27. *h. t.* 4) S. noch Anm. [10] und [12]. Ferner können der neuen Obl. besondere Bestimmungen hinzugefügt werden, s. Nr. 2. im Text.

[10] Vergl. fr. 24. *init. h. t.* coll. fr. 9. §. 6. *de R. C.* und ein Beispiel *Gai.* III. §. 176. in f. Hierher gehört denn auch, dass, wenn die vorige Obl. eine bestimmte Sache betraf, die wieder Gegenstand der neuen wird, aber vorher schon durch Zufall untergegangen ist, die neue nicht zu Stande kommen kann, fr. 14. pr. 31. pr. *h. t.* S. noch Anm. [21].

[11] Dies versteht sich von selbst und folgt aus dem Vorherigen; s. übrigens z. B. fr. 5. *h. t.*

[12] S. Anm. [2] und vergl. §. 96. Anm. [48]. Die Gültigkeit der vorigen Forderung ist nothwendig, um die Existenz einer *caussa* zu sichern; s. übrigens fr. 1. §. 1. *h. t.* auch folg. Anm. Die Möglichkeit aber, dieselbe durch *exceptio* abzuweisen, kann darum hierbei zum Nachtheil der neuen Obl. nicht in Betracht kommen, weil in deren Uebernahme trotz dem ein Verzicht auf erstere gefunden werden muss; fr. 53. *de R. J.* (s. nachher bei Erörterung dieses Punkts bezüglich der Nov. mit Personenwechsel). Was hier im Besonderen die *exc. Scti Vellej.* betrifft, so kommt dabei einmal in Betracht, ob nicht auch die neue Obl. wiederum als Intercession zu betrachten sein wird, (vergl. z. B. fr. 19. *h. t. v. nam et in secunda etc.*) und dann, ob ein Verzicht der Frau darauf überhaupt als statthaft betrachtet werden kann, s. darüber in d. Lehre von d. Intercess. in Kap. V. Wenn Unterholzner a. a. O. S. 624. a, 2. unter Bezug auf fr. 8. §. 4. *ad Sct. Vellejan.* schlechthin lehrt, dass, sobald dem vorigen Anspruch das *Sct. Vellejan.* entgegenstehe, dieses auch wider den durch Novation begründeten Platz ergreife, so ist das unrichtig, indem vielmehr die cit. Stelle von dem Fall einer Delegation spricht, wo der *delegatus debitor mulieris non est;* wenn es nun heisst, dass dieser *exceptione Scti poterit uti, quemadmodum mulieris fidejussor*, so ist das eine einfache Folge davon, dass die Frau hierdurch intercedirt, s. fr. 8. §. 6. *eod.* und Sintenis in d. Zeitschrift Bd. X. S. 71 f. Wenn ferner Unterholzner a. a. O. im Gegensatz dazu, dass ein Schuldverhältniss allerdings zur Entstehung einer Novation nothwendig vorhanden sein müsse, weil sonst keins erlöschen könne, behauptet: „in Bezug auf die Entstehung eines neuen gelte das nicht so unbedingt, nur müsse das aufzuhebende wenigstens als ein wirksam bestehendes vorausgesetzt sein," so ist dieser Satz selbst dann ganz unverständlich, wenn damit die mögliche Novation bedingter gemeint ist, denn er verräth viel mehr als diese. (S. noch nachher.) Wenn dagegen Puchta §. 291. sagt: „von der doppelten Wirkung der Nov. könne die erste, d. i. die Aufhebung der ersten Obl., auch ohne die zweite, d. i. die Entstehung einer einer neuen eintreten", und dabei vor Augen hat, *dummodo sequens naturaliter teneat, utputa si pupillus sine tutoris auctor. promiserit*, so beruht das wieder in dessen Ansicht von der hier als *natural.* anerkannten *oblig.* des Pupillen, §. 237. h., die er auch diesen Worten des fr. 1. §. 1. *h. t.* gegenüber gänzlich leugnet; denn soweit eine solche dort überhaupt anerkannt zu werden scheint, ist sie ein blosser Wortklang. S. §. 17. Anm. [24], dort auch z. A. wegen §. 3. *I. Quib. mod. obl. toll.* und vergl. dazu *Schrader Comment. ad h. §. verb. nulla est oblig.* und Unterholzner S. 626. g). (Vergl. auch Anm. [20].) — Wenn aber endlich Unterholzner a. a. O. S. 625. Nr. 1. behauptet, „dass bei einem durch Nov. eintretenden Personenwechsel der frühere Anspruch ungültig oder fälschlich vorausgesetzt sein könne, und eben darum Einreden, die dem

gewisse, vermöge ihrer Natur und ihres Zwecks sich von selbst verstehende Voraussetzungen gebunden, oder an willkührliche Bedingungen, so hängt die Existenz der neuen vom Zutreffen der ersteren, und dem Eintritt derselben Bedingungen ab [13]. Die Klaglosigkeit einer Forderung ist an sich kein Hinderniss, sie zu noviren, vielmehr ist diese Möglichkeit für sie im Zweifel anzunehmen, soweit sie nicht entschieden auf die geringste Stufe der Wirksamkeit naturaler Obligationen für beschränkt zu erachten sind [14].

2. Der Inhalt der neuen Obligation muss, wenn kein Personenwechsel vorgeht, in irgend einer Art von dem vorigen verschieden sein [15], z. B. eine Veränderung

ersteren entgegenstehen, wider letzteren keinen Platz ergreifen", so weiss ich nicht, worauf diese Behauptung in ihrer ersten Hälfte begründet werden soll, sollte sie auch nur im Sinn des reinen R. R verstanden sein wollen, indem wider die neue Stipul. offenbar die *exc. doli* zulässig gewesen sein muss; für das heutige R. ist sie aber wegen des Erfordernisses der materiellrechtlichen *caussa* unbedingt als falsch zurückzuweisen; vergl. Anm. [2]. Der daraus gezogene Folgesatz aber ist zwar an sich richtig, d. h. gegen den neuen Gläubiger (wozu aber noch hinzuzufügen ist: wie auch für den neuen Schuldner) finden die Exceptionen nicht Statt, welche der Klage aus der vorigen Obl. hätten entgegengesetzt werden können, s. fr. 12. (13.) 19. *h. t.* fr. 5. §. 20. 21. *de Doli exc.* aber nicht aus dem vorausgesetzten, sondern für den, der die *exc.* kannte, aus dem dafür in fr. 12. *h. t.* selbst angeführten Grunde, weil dann der Schuldner *similis videbitur ei qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur*, worin zugleich für diesen Satz in Bezug auf die einfache Nov. (s. z. A. dieser Anm.) eine direkte Bestätigung der Quellen liegt; für den mit der ihm zuständigen *exc.* Unbekannten aber aus dem Grunde, weil eine Obl., der eine *exc.* entgegensteht, wirklich und so lange besteht, bis sie *per exc.* für aufgehoben vom Richter erklärt ist, s. Bd. I. S. 303. Anm. [6] und [9], eine solche also, wenn das nicht geschehen, sehr wohl Gegenstand einer Nov. werden, der neuen Obl. aber die wider die vorige Obl. zuständig gewesene *exc.* sowohl darum, weil sie eine andere, — ein Grund, der bei einfacher Nov. im gleichen Fall dem Schuldner entgegensteht, — als darum, weil der Schuldner oder der Gläubiger nun eine andere Person ist, nicht entgegenstehen kann (fr. 5. §. 20. *d. v. cum non ego te circumvenerim*). Eine Singularität ist es, dass, wenn ein *nondebitor* irrig sich vom vermeintlichen *creditor* einem Anderen, den dieser beschenken will, oder den er irrig für seinen Gläubiger hält, delegiren lässt, er letzterem unmittelbar die *exc. doli* entgegensetzen kann, fr. 2. §. 3. *de Donation.* fr. 7. *de Doli exc.*; in letzterer Stelle ist die in ersterer ausgesprochene Meinung als Ausnahme *humanitatis caussa* anerkannt, während **Cujacius** *Op.* T. VI. p. 399. dies vergeblich aus inneren Gründen zu erklären sucht.—Vergl. auch noch Anm. [10].

[13] Fr. 8. §. 1. fr. 14. §. 1. (*etenim exist. condit. primam stipul. committit, commissamque in secundam transfert*) fr. 2. *h. t.* Auch in fr. 8. §. 2. *h. t.* ist nur eine bedingte Obl. enthalten. (Im älteren Recht war hierüber eine mit der in Anm. [20] erwähnten zusammenhängende Meinungsverschiedenheit vorhanden.) Von nothwendigen Voraussetzungen versteht sich das um so mehr; s. übrigens z. B. fr. 80. 83. *de J. D.* — Geht die Absicht ausdrücklich dahin, dass die Bedingung der vorigen Obl. völlig aufgehoben sein solle, so kann an der Wirksamkeit dieser Konvention nicht gezweifelt werden, so dass *exc. doli* daraus begründet wird; vergl. Göschen Vorles. §. 456. S. 250.; es ist möglich, dass in einem solchen Uebereinkommen eine bedingte Schenkung oder ein Vergleich enthalten ist; vergl. Unterholzner a. a. O. S. 624. a) 1. (Vergl. noch Anm. [21] a. E.) Ueber Nov. alternativer Schulden s. Huschke in d. Ztschrft. N. F. Bd. II. S. 162.

[14] Fr. 1. §. 1. *h. t.* vergl. §. 82. Anm. [18], [19].

[15] §. 3. *I. Quib. mod. obl. toll.* Streitig ist, ob die Ausstellung, Indossirung und Acceptirung eines Wechsels für eine bestehende Schuld eine Novation sei, s. darüber Ladenburg im Arch. f. prakt. R.-Wiss. Bd. VII. S. 1 ff. Bejaht, wenn nicht das Gegentheil ausdrücklich beabredet oder aus den Umständen zu entnehmen ist, wird die Frage von den höchsten Gerichten in Sachsen, Würtemberg, Baden und Oestreich; die in Darmstadt und Lübeck erfordern stets die beabsichtigte, bez. beabredete Novation. Auch das Obertribunal in Berlin hat sich dieser Ansicht immer mehr genähert.

der Summe oder des Gegenstands der Schuld, oder in Bedingungen, Terminen oder sonstigen Zahlungsmodalitäten, oder in Bürgschaften und Pfandrechten, enthalten[16]. Der Mangel einer Veränderung irgend einer Art würde die Wirkung einer Novation ausschliessen, und das Geschäft auf wiederholte Anerkennung der bestehenden Schuld beschränken. Findet Personenwechsel Statt, so enthält dieser an sich schon das zur Novation erforderliche Moment.

3. Für die persönliche Fähigkeit zu einer Novation, als einem Vertragsgeschäft, kommt folgendes Besondere in Betracht:

a) da es genügt, wenn die neue Obligation auch nur eine naturale ist, so kann derjenige noviren, wer aus Mangel persönlicher Fähigkeit sich nicht vollwirksam, sondern nur naturaliter verpflichten kann[17].

b) In sofern die Novation einen Verzicht von Seiten des Gläubigers auf die vorige Forderung in sich begreift, muss derselbe verfügungsfähig in dieser Beziehung sein; es ist dafür die Fähigkeit, gültig Zahlung anzunehmen, als Regel entscheidend[18].

c) Die Novation kann eine Intercession enthalten (s. Nr. II. a. E.), daher sind Frauen unter solchen Umständen nicht fähig, zu noviren, die vorige Forderung besteht übrigens dann fort[19].

Mangelt es an einem der bisher aufgezählten Erfordernisse, so kommt die neue Obligation nicht zu Stande, und es besteht mithin die vorige fort[20]; dasselbe gilt, wenn die neue ihren eigenen konkreten Voraussetzungen nach nicht existent wird, wie, wenn dieselbe an eine Bedingung geknüpft und diese nicht eingetreten ist[21].

[16] S. §. 3. *I. d.* und c. 8. *h. t.*, wegen der Wirkung der Bedingungen vergl. Anm. [13] und nachher Anm. [21]; nicht ihnen gleich steht der neu hinzugefügte *dies*, dieser hebt die vorige Obl. sofort auf.

[17] Fr. 1. in f. *h. t.* vergl. Anm. [12] in d. Mitte.

[18] Fr. 10. *h. t. Cui recte solvitur, is etiam novare potest*, mit Ausnahme des *solutionis caussa adjectus*, (s. das. und fr. 10. *de Solut.*) und eben solchen wie zum Theil näheren Modifikationen für die in väterlicher Gewalt stehenden Kinder in der Verwaltung des Peculii, s. darüber fr. 23. 25. 16. 34. pr. *h. t.* fr. 27. pr. *h. t. de Pactis* fr. 48. §. 1. *de Peculio*, und endlich kann die Anweisung, Zahlung von einem Schuldner (des Schuldners) einzuziehen, nicht zum Noviren benutzt werden, fr. 21. *h. t.* s. dazu Sintenis in d. Ztschrft. Bd. X. S. 78. [1]. — Beispiele wegen Mangels dieser Fähigkeit s. fr. 3. fr. 20. §. 1. *h. t.*, indessen gilt die Nov. doch in soweit, als der Betheiligte *meliorem conditionem suam fecerit*, fr. 3. *d.* und fr. 34. pr. *h. t.* Macht ein solcher später die vorige Obl. geltend, so muss er die neue ausdrücklich aufgeben, fr. 9. pr. in f. *h. t.* Um als Bevollmächtigter noviren zu können, muss man entweder ein Spezialmandat, oder Auftrag zur Verwaltung *omnium bonorum* haben, s. fr. 20. §. 1. *h. t.*

[19] Das Weitere hierüber in d. Lehre v. d. Intercession.

[20] Dies versteht sich, da es nun an einem Aufhebungsgrunde der Obl. fehlt, von selbst. Im älteren R. R. fand übrigens hier ein Unterschied Statt, s. *Gai.* III. §. 176., aber auch Meinungsverschiedenheiten, s. §. 179. in f. *eod.*, die jedoch im Sinn des Unterschieds als beigelegt erscheinen. Ueber dessen Erklärung s. *Theophil. Paraphras. ad* §. 3. *I. Quib. mod. obl. toll.* S. noch Anm. [12].

[21] Fr. 14. pr. 24. *init. h. t.* coll. §. 3. *I. d.* (*si defecerit, durat prior obl.*) fr. 30. §. 2. *de Pactis*, fr. 36. *de R. C.* Im älteren Recht bestand die auch hierauf einflussreiche, in der vor. Anm. gedachte Meinungsverschiedenheit des Serv. Sulpic., welcher *et pendente conditione novat. fieri, et si defecerit, ex neutra caussa agi posse existimavit. — Deficiente conditione* der neuen dauert also die vorige Obl. fort. In sofern nun jede Obl. von der Existenz ihres Gegenstands abhängig ist, kann aber die vorige Obl. ebensowohl *pendente conditione* durch Untergang des Gegenstands erlöschen, als die neue dann, auch *existente conditione*, nicht zu Stande kommen. In dieser Beziehung hat die Novation *sub conditione*, wenn sie *post moram ex priore obligatione factam* eingegangen wird, auch wenn die *conditio* nachher defizirt, doch die Folge, dass

Dagegen thut es der Novation keinen Eintrag, wenn die neue Obligation nur eine

nicht den *ex priore obl.* in Verzug befindlichen Schuldner das *periculum interitus* mehr trifft, sondern den Gläubiger, — es wird m. a. W. *mora* dadurch purgirt. S. fr. 14. pr. *h. t.* und 72. §. 1. *de Solution.* (von Marcell.). Dagegen sagt fr. 31. pr. *h. t.* (Venulej.) indem es den in Anm.[10] gedachten Satz voraussendet, für denselben, wie den in diesen beiden Stellen vorausgesetzten Fall: *quum jam ex stipulatu obligatus es mihi, novatio quoque fiet.* Die Glosse schon macht auf diesen Widerspruch aufmerksam, ihr Mittel, ihn zu heben, aber ist ganz willkührlich; ebenso unzureichend ist Schulting's Versuch, *Notae ad Dig.* T. VII. p. 102., dass nun ein solcher in einem und demselben Titel in so nahe hinter einander folgenden Stellen stehen geblieben sein solle, ist in der That nicht wohl denkbar. Er erscheint nur in der Anwendung und sogar in der weiteren Ausführung der dem Hauptsatz beigefügten mit den allgemeinen Grundsätzen von der *mora* ganz übereinstimmenden Beschränkung: *nisi si per promissor. steterit, quominus daret;* sogar mit dieser selbst würden aber jene Schlussworte in Widerspruch sein, sobald man nicht annehmen darf, dass auch für sie eine solche vorausgesetzt sei; hierzu aber halte ich uns für vollkommen berechtigt, indem mir der Satz von *et si prius etc.* an korrumpirt erscheint; stellt man nämlich die Worte *et serv. postea decesserit*, den unmittelbar folgenden: *deinde condit. extiterit*, nach, so ist volle Uebereinstimmung hergestellt. Wer das nicht vorzieht, dem bleibt nur übrig, der Sache die Seite abzugewinnen, dass allerdings Ven.'s Ansicht dahin gegangen sei, die einmal begangene *mora* werde durch die *nov.* nicht verwischt, sondern reiche in diese mit ihrer eventuellen Wirkung hinüber, aber in der ihr widersprechenden Ansicht Marcell's, der in fr. 72. §. 1. *d.* vielleicht auf sie hindeute, widerlegt und dies von Ulpianus in fr. 14. pr. *h. t.* approbirt worden sei. — Es entsteht nun aber die Frage, wie sich zu dem Satz von der *purgatio morae* fr. 56. §. 8. *de V. O.* verhalte? Dieses sagt: „wenn der Gläubiger sich denselben Gegenstand (*homo*), den ihm Titius *pure* schuldet, von Sejus bedingt versprechen lässt, und jener, nachdem Titius in Verzug gerathen, *ante condit. existentem* untergeht, so wird Sejus beim Eintritt der Bedingung nicht verpflichtet, während Titius verantwortlich wird. *At si Titio acceptum fecisset, Sej. existente cond. obligari potest,* denn *acceptil. interpos. superest homo, quem S. promiserat.*" Cujacius *Op.* T. VI. p. 355. und T. I. p. 1203. versteht auch hier eine Stipul. mit *animus novandi* als geschehen, so dass darin zuerst der Inhalt der beiden erstgedachten Stellen wiederholt wäre, „mithin *novatio non contingit*, wenn der Gegenstand vor Eintritt der Bedingung untergehe," — „dagegen aber die *mora* des Titius diesen (trotz der Nov.) verpflichte." Den Widerspruch mit den die Marcell'sche Ansicht enthaltenden Stellen, wonach die *mora* purgirt werden soll, sucht er durch die Entscheidung zu lösen: dass diese Wirkung der *conditional. stipul.* nur dann eintrete, wenn *post moram* novirt werde; nur diesen Fall habe Marcellus vor Augen; wenn vorher, so sei dies darum nicht möglich, weil noch keine *mora* eingetreten sei. Der Nachsatz *At si* sei aber davon zu verstehen, dass, wenn der Gläubiger den Titius durch Acceptilation befreit habe, und die Bedingung noch *vivo servo* eintrete, die Nov. perfekt sei." Dabei verwirft er ausdrücklich eine andere unter Bezug auf die Marcell'schen Stellen dahin gerichtete Ansicht, dass die *mora* immer purgirt werde, sobald nur der Gegenstand zur Zeit der Nov. noch vorhanden sei. — Bei dieser Auffassung des letzten Satzes (*At si*) entsteht aber sogleich die Frage, und damit ein grosses Bedenken: weshalb, da hiernach die Acceptilation für den zuletzt vorausgesetzten Fall ganz gleichgültig sei, dieser Fall überhaupt vom vorigen unterschieden werde? Ferner: allerdings sprechen die ersteren Stellen nur von einer *post moram* geschehenen Novation, und es ist richtig, dass eine noch nicht eingetretene nicht purgirt werden könne, allein um des Cujacius Unterscheidung als richtig erscheinen zu lassen, müsste doch erst bewiesen werden, dass überhaupt nunmehr *mora* möglich sei. Die Möglichkeit dieser aus der vorigen Obl. ist aber mit dieser selbst suspendirt, s. fr. 18. *de R. C. pendente caussa condition. petere non possum,* (ebenso wie die Konv.-Strafe *post novat.* nicht verfällt, s. fr. 18. *h. t.*) geht also der Gegenstand inzwischen unter, so erlischt die vorige sowohl, wie die neue nicht zu Stande kommt. Endlich aber kann ich fr. 56. §. 8. überhaupt gar nicht von einer Novation verstehen, (s. auch *Lud. Charond. Notae ad h. tit.* Dig. Thes. Ott. T. I. p. 828.) sondern einfach davon, dass ein Zweiter (Sejus) das bedingt verspricht, was ein Erster (Titius) schon *pure* schuldet (auch in

klaglose ist[22]. Wird endlich die neue Obligation durch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand rückgängig, so wird dadurch die vorige wieder hergestellt[23].

Ausserdem ist nun 4. noch erforderlich, dass bei der Novation die Absicht, die vorige Obligation aufzuheben und an deren Statt eine neue zu schliessen, nicht nur vorgewaltet habe[24], sondern auch ausdrücklich ausgesprochen worden sei; widrigenfalls bestehen die Bestimmungen beider dergestalt nebeneinander, dass der Gläubiger die ihm günstigen Bestimmungen der zweiten Obligation mit denen der vorigen auswahlsweise, oder auch, soweit sie einander ihrem Wesen nach nicht nothwendig ausschliessen, zugleich geltend machen kann, und überhaupt beide Obligationen, die vorige und die neue, nach Umständen mit verschiedenen Gegenständen der Leistung, in der Art neben einander, dass der Gläubiger die Wahl hat, welche er geltend machen, und welche er fordern will, dass allerdings aber die einmalige oder die eine Leistung beide aufhebt, und dem Versuch, auch noch den anderen Anspruch geltend zu machen, die *exceptio doli* entgegenstehen würde[25].

dem vorangehenden §. 7. heisst es in einem darin ähnlichen Fall, dass zwei nacheinander denselben Gegenstand versprechen: *prior stipul. non novabitur;* vergl. fr. 8. §. 5. *h. t.*) und nun sagt die Stelle nur: „geht der Gegenstand *pendente condit. post moram Titii* unter, so haftet Titius und Sejus wird nicht verbindlich, sollte auch die Bedingung später in Erfüllung gehen; ist aber Titius durch Acceptil. befreit worden, so haftet Sejus, wenn die Bedingung eintritt (vorausgesetzt natürlich, dass die Sache noch vorhanden ist). Denn im ersten Fall fehlt es an dem Gegenstand der Obl. des Sejus, im letzteren nicht (hierin ist die Voraussetzung ausdrücklich anerkannt)." Die Stelle sagt also nur, wann der Eine, und wann der Andere obligirt werde, während, wenn der Fall, dass *Titio acceptum non fuisset*, mit in Betracht gezogen wäre, die Möglichkeit, dass beide obligirt werden können, nicht zu bezweifeln steht. — Es ist in Bezug auf den Satz im Text übrigens noch zu bemerken, dass, wenn die Absicht ausdrücklich dahin ging, dass die bedingte neue Obl. die vorige unbedingte (oder vielleicht auch, gleich oder anders, bedingte) völlig ersetzen, diese also auch auf den Fall des Ausbleibens der Bedingung für die neue Obl. aufgehoben sein solle, eine solche Konvention in gleicher Weise wirksam sein müsse, wie die in Anm. 13 erwähnte. — „Ueber den Einfluss der bedingten Novation auf die ursprüngl. Obl." ist jetzt eine Abhandl. von Kniep erschienen, Wism. 1860. Er geht bei Interpr. der obigen Stellen davon aus: „das Corp. Jur. enthalte Irrthümer und bedürfe einer desfallsigen Kritik; es müsse unbefangen interpretirt und sich namentlich um die dort enthaltene Begründung bekümmert werden." Seine Resultate kann ich daher um so mehr auf sich beruhen lassen, als er die diesseitigen ignorirt hat.

[22] Fr. 1. pr. §. 1. *h. t.* vergl. zur letzten Stelle §. 17. Anm. 24. Dieser Fall gehört allerdings zu den Seltenheiten.

[23] Fr. 50. *de Minor.*; wenn der Gläubiger dabei dolos gehandelt hat und deswegen Wiedereinsetzung ertheilt wird, so erhält er auch seine vorige Klage nicht zurück; fr. 48. §. 1. in f. *de Fidejuss.*

[24] Fr. 2. 8. §. 5. *h. t.* Dieser *animus* darf nun namentlich dem Gläubiger niemals fehlen, und auf ihn scheint er vorzugsweise bezogen zu sein, indessen ergiebt fr. 22. *h. t.*, dass das *novare* (*velle*) auch auf den Schuldner bezogen wird, und es wird in der That ein einseitiger *animus* nicht wohl möglich sein, da die Gesammthandlung nicht ohne bestimmte und ausdrückliche Willenserklärung und etwa so vorkommen kann, dass auf Seiten des Schuldners ein Irrthum vorwaltete.

[25] C. 8. *h. t.* referirt in §. 3. *I. Quib. mod. obl. toll.* Es ist Streit über den wahren Sinn dieser Stelle; sie führt etwas Neues ein. Als sicher geht aus ihr hervor, dass bis dahin der *animus novandi* nicht gerade ausdrücklich erklärt zu sein brauchte, sondern dass, wenn eine der erforderlichen Veränderungen beabredet worden, eine Novation stillschweigend als geschehen angenommen zu werden pflegte. Die Konstitution erfordert nun aber, dass Nov. nicht anders wirksam werden solle, *nisi ipsi specialiter remiserint priorem obligationem, et hoc expresserint, quod secundam magis pro anterioribus elegerint*, — und zwar sollen, wenn hiernach keine Novation zu Stande komme, *nihil penitus prioris cautelae innovari, sed anteriora stare, et posteriora incrementum illis accedere.* Demun-

II. Die Novation einer Obligation durch Personenwechsel kann:

geachtet sind mancherlei Abweichungen von dieser bestimmten und anscheinend völlig unzweideutigen Vorschrift vertheidigt worden. Es ist nämlich von zahlreichen älteren Praktikern (s. die bei Hepp im Archiv Bd. XV. S. 247. Gen., anderer distinguirender Auffassungen zu geschweigen, s. bei Löhr in s. Magazin Bd. IV. S. 28 f.) behauptet worden, dass aus *factis aut certis atque indubitatis indiciis*, sobald die Umstände für die Absicht der Nov. sprächen, den Vorschriften der c. 8. *d.* Genüge geschehe. Von den Neueren vertheidigt besonders Löhr a. a. O. S. 29 ff., dass Justinian's Absicht in c. 8. *d.* nur dahin gegangen sei, die gesetzlichen Vermuthungen des alten Rechts für die Nov. zu vernichten, nicht den *consensus tacitus specialis.* Gegen diese Auffassung erklärte sich Hepp a. a. O. wieder für die schon gründlich von *Crell de animo novandi etc.* Vit. 1757. §. 4. vertheidigte und schon damals wie noch jetzt von fast allen Pandektisten (z. B. Höpfner, Thibaut, Mühlenbruch, Wening, Göschen u. s. w.) getheilte Ansicht, dass durchaus bestimmte ausdrückliche Erklärung erfordert werde, indem er wider Löhr's Meinung besonders Crell's Einwand hervorhob, dass damit nur die richterlichen Präsumtionen an Stelle der gesetzlichen getreten seien, auch darauf hinwies, dass der Ausschluss der sonstigen Gleichstellung des ausdrücklichen und stillschweigenden Willens sich hier sehr wohl daraus rechtfertige, dass mit den wichtigen Folgen der Nov., besonders auch in *accessoriis*, der Gläubiger oft in einen grossen Nachtheil gerathen könne, wenn man eine *novatio tacita* statuire; endlich, dass *specialiter remittere* und *exprimere* gerade das ausdrückliche Erlassen, wie öfters (fr. 2. §. 1. *de Dolo*, fr. 4. §. 2. *de Pactis*, fr. 58. *de O. et A.*) so auch hier bezeichne. Fast gleichzeitig sprach ich mich in der Zeitschrift Bd. IX. S. 135. für dieselbe Meinung aus, widerlegte aber auch noch die von Crell und denen die ihm folgen (s. bes. *Kind Quaest. for.* T. IV. p. 260. *Gottschalk Analecta jur. Sax.* c. 12.), aufgestellte Ausnahme: „dass eine stillschweigende Nov. wenigstens dann anzunehmen sei, wenn die Bestimmungen der neuen Oblig. ganz unverträglich mit der Fortdauer der alten seien," indem ich nachwies (S. 141. 146 ff.), dass in den hier gemeinten Fällen nur von einer Schuldverwandlung oder einem *mutuus dissensus* mit neuem *consensus* (s. §. 106. IV.) die Rede sein könne, nicht von Novation. Diese letztere Ausführung scheint keinen Widerspruch erfahren zu haben, dagegen aber ist Fritz Erl. zu Wening Bd. II. S. 411 ff. wieder auf Löhr's Seite getreten, indem er behauptet, dass die Absicht zu noviren nach c. 8. *d.*, welche die Stipul. voraussetze, zwar nothwendig in Worten, aber nicht in dürren Worten, sondern *implicite* und indirekt ausgesprochen sein könne, ohne aber neue Gründe aufzustellen, oder die der entgegengesetzten Ansicht zu widerlegen. Gleicher Ansicht ist Schaffrath praktische Abhandl. S. 142. Löhr selbst a. a. O. Bd. IV. S. 538. hat gegen Hepp erinnert, dass dieser Präsumtionen und konkludente Thatsachen verwechselt haben möge; auch er sei der Meinung, dass nach c. 8. *d. animus nov.* nur angenommen werden könne, wenn er ausgesprochen sei, dass aber dieses in ausdrücklichen Worten geschehen müsse, sage sie nicht. Ich bin nun von der Stärke der Gründe der entgegengesetzten Ansicht immer noch vollkommen überzeugt, und bemerke nur noch, dass die Basiliken Lib. 26. tit. 5. §. 42. ganz klar sagen: (*vers. Heimb.*) *nisi hoc specialiter dictum sit*, und: *nos enim verba spectamus, non interpretationem.* (Wegen der Schlussworte der Konst. s. deutsch. Corp. Jur. Bd. VI. S. 244. Anm.) Auch Vangerow Leitf. Bd. III. S. 357. tritt jetzt dieser Ansicht bei; s. auch die dort noch zahlreich Gen. — Hiernächst entsteht die weitere, und für beide vorgedachte Ansichten gleich wichtige Frage, wie sich die neue Obl. zur vorigen verhalte? Darüber, wenn diese nur eigentliche Veränderungen schon bestehender Bestimmungen und Vertauschungen mit ähnlichen enthält, wird man bei den Eingangs angeführten Worten: *sed anteriora etc.*, nicht in Zweifel gerathen können, es sollen also die neuen Bestimmungen zu den schon bestehenden hinzukommen; nur wird man, dem Zweck und der Natur des Geschäfts und dieser Bestimmungen selbst gemäs, die Beschränkung als eine nothwendige betrachten müssen: soweit sie einander nicht ausschliessen. So z. B. würden zwar Pfänder und Bürgen, welche mit einander vertauscht werden sollten, nebeneinander haften, wenn aber z. B. der Zinsfuss verändert worden, nur der höhere, nicht neben diesem auch der niedere gelten, es sei denn, dass beide zusammen eine verbotene Zinshöhe noch nicht erreichen. Dass ferner, wenn die

1. einfach in der Weise geschehen, dass ein Dritter für den Schuldner auftritt und mit dem Gläubiger die neue Obligation eingeht. Der Schuldner selbst braucht

Schuldsumme verändert worden, nicht beide nebeneinander, sondern nur die grössere gefordert werden könne, daran kann vorläufig auch kein Zweifel gehegt werden. Besteht aber die neue Obl. überhaupt als eine besondere, und kann deren von dem der vorigen verschiedener Gegenstand, also auch die grössere Summe, aus ihr als einer solchen gefordert werden? In dem Instit.-Titel *Quib. modis obl. toll.* §. 3. in f. ist der Sinn der darüber sich nicht ausdrücklich aussprechenden c. 3. *d.*, wie wenn dieses geschehen wäre, dahin angegeben, *tunc solum fieri novat.*, *quotiens hoc ipsum inter contrahentes expressum fuerit*, *quod propter novationem prioris oblig. convenerunt*, *alioquin manere et pristinam oblig.*, *et secundam ei accedere*, *ut maneat ex utraque caussa obligatio.* Hiernach habe ich früher schon a. a. O. S. 151 ff. ausgeführt, „dass nun allerdings zwei, wenn auch auf denselben Gegenstand gerichtete Obl. bestehen, aber so, dass beide durch einmalige Leistung aufgehoben werden (wozu hinzuzudenken ist, wenn auf verschiedene Gegenstände, durch alternative Leistung nach Wahl des Gläubigers). Der Fall ist nämlich nach c. 8. *d.* nun gerade so zu beurtheilen, wie vor ihr, wenn es aus Mangel an *animus nov.* nicht zu einer Nov. kam, s. darüber: fr. 2. in f. fr. 8. §. 5. fr. 9. pr. *h. t.* (fr. 39. §. 1. *de Solution.* fr. 5. *de Fidejuss.*)“ Der Charakter der neuen Obl. wäre mithin, wenn sie eine dritte Person mit einem der an der vorigen Betheiligten abschloss, der einer korrealen, s. §. 89. (wenn Ribbentrop Korr.-Obl. S. 114.[16] sagt, dass dieser Fall in den Quellen nicht erwähnt werde, so scheint fr. 8. §. 5. *d.* ihm entgangen zu sein; vielleicht ist auch fr. 56. §. 8. *de V. O.* davon zu verstehen); wenn dieselben Personen, so würde nur eine wiederholte Anerkennung der bestehenden Schuld geschehen sein, §. 3. *I. d.* (*verb. Sed si eadem etc.*) bei dem Versuch, beide neben einander geltend zu machen, würde freilich *exc. doli* der zuletzt erhobenen Klage entgegengestellt werden müssen. Bei geschehener Veränderung des Gegenstands würden allerdings immer zwei besondere Obl. bestehen, indessen doch stets in solcher Beziehung der ersten zur zweiten, dass ebenso die *exc. doli* gegen Nachtheil schützen würde. Ist nun diese Auffassung jetzt noch möglich, wo die Nov. nicht mehr durch Stipul. geschieht und in dieser ihre formelle *caussa* findet (s. Anm. [2], auch das. a. E.), sondern eine materiell rechtliche *caussa* erfordert wird? Da nämlich diese der Austausch selbst ist (s. ebendas.), ein solcher aber nach c. 8. *d.* ohne ausgesprochenen *animus nov.* nicht mehr zu Stande kommt, die vorige Obl. also nicht mehr dadurch aufgehoben wird, so scheint es, dass eine zweite Obl. gar nicht existire, aus ihr also auch weder derselbe Gegenstand, wie aus der vorigen, noch ein anderer gefordert werden könne, von der neuen vielmehr nichts als die beabredeten Zusätze zur vorigen (*incrementa*) gelten, also nur als Modifikationen des Inhalts derselben, so dass ein solcher Fall zu dem §. 101. Nr. I. behandelten Thema gehören würde. Um diese Frage zu bejahen, müsste man aber annehmen, dass der *secunda* im Sinn der Institutionen die *exc. doli* entgegengestanden hätte. Wäre das Absicht gewesen, so hätten sich diese unmöglich so, wie geschehen (*ut maneat ex utraque etc.*), aussprechen können. Es gewinnt also die ganze Sache die Anschauung: dass die lediglich im Interesse des Gläubigers getroffene Bestimmung der c. 8. *d.* ihn nicht hindert, die neue Obl. geltend zu machen, darin aber dann nothwendig eine Anerkennung ihres die vorige auflösenden Einflusses liegt. Diese nun auf unsere heutige Auffassung der Nov. mit dem Erforderniss der *caussa* zu übertragen, ist nicht der geringste Anstand vorhanden; macht der Gläubiger die neue Obl. geltend, so erkennt er dieselbe Wirkung an, und damit ist die *caussa* jener hergestellt. Wenn er dagegen die vorige geltend macht, so steht ihm zwar dies auch frei, dagegen stände dem Versuch, nun auch noch den neuen Anspruch zu erheben, ebenso wieder *exc. doli* entgegen, wie, wenn er nach Erhebung des neuen, auch noch den alten geltend machen wollte; denn als *ipso jure* eintretend kann dessen Erlöschen darum nicht betrachtet werden, weil die Novation als solche nicht wirksam geworden ist. Einen ausführlichen Beitrag zur Erörterung der c. 8. *d.* hat neuerlich gegeben Grotefend in der Zeitschrift N. F. Bd. XII. S. 272 ff., auf die von mir a. a. O. behandelte Frage will er indessen keine eigene selbstständige Antwort geben, S. 315. er findet in meiner Lösung nur noch nicht alle Schwierigkeiten überwunden.

dabei in keiner Weise thätig zu werden, es bedarf nicht einmal seiner Zustimmung[26]. (S. noch hinter 2. a. E.)

2. Sie ist ferner möglich durch einen zusammengesetzten Vertrag zwischen den mehreren betheiligten Personen. Ein solcher begreift im Allgemeinen eine Vereinigung zwischen Gläubiger und Schuldner und einem Dritten in sich, wonach das Verhältniss zwischen den beiden ersteren in der Art gelöst werden soll, dass dagegen einer von ihnen in ein neues mit der dritten Person eintrete. Ausgeführt wird dieselbe, einmal, durch die Delegation[27], d. i. für den Fall, wenn der Gläubiger ganz austritt, delegirt (Delegans), eine von Seiten dessen geschehene Ueberweisung des Schuldners (Delegat) an den Dritten als dessen neuen Gläubiger (Delegatar), und wenn der Schuldner delegirt, die Ueberweisung des Dritten als neuen Schuldners (Delegat) an den Gläubiger (Delegatar). Dabei muss dann der delegirende Gläubiger seinen bisherigen Schuldner der Schuld vollständig und ausdrücklich entlassen, und der delegirende Schuldner vom ersteren solchergestalt entlassen werden[28]. Hierzu muss eine auf die Verwirklichung des Zwecks der geschehenen Ueberweisung und Herstellung des neuen Verhältnisses bezügliche Konvention zwischen der neueintretenden Person, d. i. dem Delegatar im ersten und dem Delegaten im zweiten Fall, und der aus der vorigen in die neue Obligation übertretenden Person hinzukommen[29]. Die gedachte Ueberweisung kann als Auftrag oder

[26] Fr. 8. §. 5. *h. t.* fr. 91. *de Solut.* Dass das Umgekehrte nicht möglich sei, d. h. ein Dritter sich die Forderung eines Anderen ohne dessen Einwilligung noviren könne, versteht sich von selbst, es ist übrigens in der zuerst cit. Stelle zum Ueberfluss auch gesagt. Die oben gedachte Handlung wird in der Doktrin als Expromission bezeichnet, und der Delegation gegenüber gestellt, während *expromittere* nichts weiter als *promittere* bedeutet, und in den Quellenzeugnissen dann auch nur von *promissio*, *sc. stipulanti*, die Rede ist. S. Sintenis in der Zeitschrift Bd. X. S. 74 f. Fehlt der *animus novandi*, so tritt ein Korrealverhältniss ein. Ebenfalls von einem solchen Eintreten durch Novation zu unterscheiden ist der Fall, wenn der Gläubiger von des Schuldners Schuldner auf Gefahr des ersteren ein Versprechen annimmt, dann tritt dieser nicht ganz aus dem Schuldnexus heraus, s. fr. 45. §. 7. *Mandati*, vgl. Sintenis a. a. O. S. 76.

[27] *Delegare* hat zuerst die allgemeine Bedeutung von *committere* oder *mandare*, s. *Dirksen Manuale latin. font. h. v.* §. 1., sodann ist es fr. 11. pr. *h. t.* als eigentlich in diesem Titel technisch dahin definirt: *vice sua alium reum substituere.* Gewöhnlich ist sowohl der *delegans* als Schuldner des Delegatars gedacht, wie der Delegat als der des ersteren; indessen kommt *del.* auch in Bezug auf die Ueberweisung erst zu erwerbender Forderungen (z. B. durch Schenkung) vor, und dafür, wenn man selbst damit nicht eine Schuld abtragen, sondern auch wieder schenken will, s. fr. 41. pr. *de Re jud.* Mit der Delegation im letzten Fall wird dann freilich ein anderer Zweck als der hier vorschwebende erreicht, nämlich der der einfachen Cession. Die *substitutio donaturi vice sua* hingegen ist allerdings eine Delegation im hier eigentlichen Sinn und auch in der Legaldefinition noch einbegriffen, s. fr. 33. *h. t.*

[28] S. c. 3. in der Verbindung mit der Bestimmung der c. ult. *h. t.*, es kann daher der in fr. 37. §. 4. *de Operis libert.* enthaltene Satz, dass die *delegatio solutionis caussam continet*, oder, wie fr. 8. §. 3. *ad St. Vellejan.* direkt sagt: *solvit enim etc. qui delegat*, seit c. ult. *d.* nur mit der obigen Modifikation, und fr. 17. *h. t.* — *del. vel nutu etc.* — jetzt nicht mehr davon verstanden werden, dass auf diese Weise eine *liberatio jure novationis* des Deleganten möglich sei; denn das *novare* geht hier vom Deleganten aus, fr. 22. *h. t.*

[29] Dass die Novation mit Personenwechsel diese zusammengesetzte Verhandlung umfasse, ist zwar in keiner Stelle ausdrücklich gesagt, es erhellt dies aber aus der Natur der Sache überhaupt; und demnächst die Ueberweisung aus der allgemeinen Bedeutung von *delegare*, und aus fr. 8. §. 5. verb. *Non tamen etc.* und die Verhandlung zwischen dem Delegaten und Delegatar aus der Nothwendigkeit der *promissio*, um ein Verhältniss zwischen ihnen herzustellen, s. fr. 12. *h. t.* c. 1. 3. 6. *h. t.* und dass er

Ermächtigung des Deleganten nach zwei Seiten hin, an den Delegaten und an den Delegatar, aufzufassen und zu erklären sein, nämlich ein solches Geschäft mit einander vorzunehmen, welches auf ihn eine Rückwirkung äussert[30], sie kann jedoch auch den Charakter einer blossen Erlaubniss, sowie den der Genehmigung annehmen, also auch wenn die vorher erwähnte Konvention in deren Erwartung schon vorangegangen ist[31]. Bisher wurde vorausgesetzt, dass einer der Theilnehmer an der vorigen Obligation in die neue übertrete, und der andere nur völlig ausscheide; wird beiderseitiger Wechsel beabsichtigt, also, dass an Stelle des Schuldners ein Anderer eintrete, und zugleich dieser sich auf Anweisung des Gläubigers einem Anderen obligire, so ist eine zusammentreffende zwiefache Delegation, sowohl von Seiten des Gläubigers wie des Schuldners, aus der bisherigen Obligation erforderlich, wobei der neue Schuldner der gemeinschaftliche Delegat ist; die Uebereinkunft wegen der neuen Obligation findet dann zwischen den beiden neu hinzutretenden Personen, dem genannten Delegaten und dem Delegatar des Gläubigers Statt. — Zur Gültigkeit der Delegation und somit der Novation gehört nun aber noch die Existenz eines konkreten Verpflichtungsgrunds (s. vorher I. 1.), um für das Geschäft einen bestimmt charakterisirten rechtlichen Zweck zu gewinnen. Delegirt der Schuldner einen Anderen dem Gläubiger, so besteht der Verpflichtungsgrund des Eintretenden in Ansehung der neuen Obligation in der vorigen Obligation selbst; letztere wird auf diese Weise befriedigt[32]. Delegirt der Gläubiger seinen Schuldner

nach der letzten Stelle nicht wider seinen Willen delegirt werden kann. Die vorgängige Vereinigung zwischen dem ursprünglichen Gläubiger und Schuldner aber ist darum nothwendig, weil sonst nur ein Fall der unter Nr. 1. gedachten Art möglich wäre, s. auch das schon in Anm. 26 cit. fr. 8. in f. *h. t.* — *nisi ex volunt. mea stipul.* — und fr. 4. §. 20. *de Doli except.* S. noch folg. Anm.

30 Bei der erforderlichen allseitigen Einwilligung, um ein Geschäft dieser Art perfekt zu machen, und den nothwendigen Folgen der gemäs derselben weiter geschehenen Auflösung der vorigen und Eingehung der neuen Obl., ist es wenigstens soweit nicht erforderlich, für die Ueberweisung einen bestimmten formellen Charakter aufzustellen, sondern es könnte hier genügen, darauf hingewiesen zu haben, dass sowohl der neuen Obl. die Ueberweisung vorangehen, wie der Wille desjenigen, welcher als Delegant anzusehen ist, sich auch hinterher äussern, und jene nunmehr so erst als perfekt erscheinen könne. Nothwendig ist das vielmehr nur für den Fall, wenn der Delegat nicht Schuldner des Deleganten ist, nämlich um ihm den Regress an diesen zu sichern, s. fr. 45. §. 4. *Mandati.* In den Quellen ist auch nicht etwa vorausgesetzt, dass regelmässig im Allgemeinen an Mandat zu denken sei. Indessen zeigt allerdings das ganze Verhältniss, wenn man fr. 1. pr. §. 1. und namentlich §. 2. *eodem* vergleicht, davon, dass sobald, was als Regel zu denken ist, eine Uebereinkunft der Ausführung vorangeht, der Antrag des Deleganten und seine Annahme ein Mandat sei, und zwar sowohl an den Delegatar, nach fr. 8. §. 5. *verb. Non tamen etc.*, indem dieser nur *ex voluntate mea mihi actionem contra debitorem meum auferre potest*, *delegare* aber auch für Abtretung von Forderungen vorkommt, s. fr. 41. pr. *de Re jud.* c. 2. *de O. et A.* c. 11. *de Donation.* und dazu das R. R. das *mandatum* voraussetzt, *mandare* auch die allgemeinere Bedeutung von *delegare* ist, — als an den Delegaten, s. fr. 12. in f. 21. *h. t.* fr. 45. §. 4. *Mandati.* Ich muss daher, wenn ich früher (in der Zeitschrift Bd. X. S. 78.) mit Anderen, z. B. Wening §. 357. (369.), annahm, dass die Delegation nur ein Mandat zwischen Delegant und Delegaten enthalte, diese Ansicht, welche ich jedoch zunächst nur, die in der Delegation enthaltene Intercession vor Augen habend, aufstellte, modifiziren, dagegen aber dabei beharren, dass es ganz unrichtig sei, wenn (z. B. von Mühlenbruch §. 476. a)—c)) die Konvention zwischen dem Delegaten und Delegatar auch mit als ein Bestandtheil der Delegation betrachtet wird.

31 Fr. 22. *h. t.* vergl. Unterholzner a. a. O. S. 631. A.

32 Fr. 8. §. 3. *ad Sct. Vellejan.* fr. 37. §. 4. *de Operis libert.* c. 3. *h. t.*

einem Anderen, so muss er diesem entweder zahlen, also seinerseits dessen Schuldner sein, oder eine Liberalitätshandlung ausführen wollen [33]. Am häufigsten treffen beide Eigenschaften für den Deleganten, und zwar dann mit dem Zweck einer Schuldabtragung oder wenigstens einer Sicherstellung, zusammen, nämlich so, dass ein Schuldner, als Gläubiger eines Anderen, diesen seinen Schuldner seinem eigenen Gläubiger delegirt. Es erhellt hieraus, dass durch die Delegation auch derselbe Zweck, wie durch Cession erreicht werden kann, nämlich Uebertragung einer Forderung, und in sofern ist der Delegation im fünften Kapitel bei dieser Lehre zu gedenken. Jedoch ist es nicht erforderlich, dass der Delegat Schuldner des Deleganten sei, sondern es genügt, dass er überhaupt für diesen eintritt [34]. Dann beruht der Verpflichtungsgrund des Delegaten rücksichtlich der neuen Obligation in diesem Eintreten für den Deleganten, so dass es nur auf dessen Obligation ankommt, um die Gültigkeit der Handlung zu beurtheilen. Ausser den bisher besprochenen Fällen mit der Voraussetzung, dass der Gläubiger oder der Schuldner oder beide delegiren, ist auch noch der Fall möglich, dass ein Dritter für den Schuldner, möge er von diesem delegirt sein oder nicht, in der Weise eintritt, dass er dem Gläubiger einen Vierten delegirt, der vielleicht sein Schuldner ist, es aber nicht zu sein braucht. Dieses ist entweder nur eine weitere Gestaltung der Delegation, oder der Ausführung der unter Nr. 1. gedachten Novation.

Wie in allen Fällen der Novation durch Personenwechsel, sobald der Eintritt des Dritten in die neue Obligation nicht durch eine blosse Liberalitätshandlung veranlasst wird, dieser sich mit dem Ausscheidenden berechne und ausgleiche, bleibt ihnen und dem besonderen zwischen ihnen vorwaltenden Verhältniss überlassen, wodurch dieser Wechsel herbeigeführt worden ist; auf die Novation selbst hat dies weiter keinen Einfluss [35]. Dagegen ist in allen den Fällen, wo ein Dritter ohne eigenes Interesse an die Stelle eines Schuldners eintritt, der Begriff der Intercession möglich, und zwar, je nach den Umständen, sowohl für den einfach sich für den Schuldner Verpflichtenden, als bei geschehener Delegation für den Deleganten wie für den Delegaten. Auch darüber gehört das Weitere in das fünfte Kapitel.

b. Die Schuldverwandlung ist die Uebereinkunft, dass anstatt der bisherigen Obligation von nun an eine andere bestehen soll, zu welcher aber die erstere die thatsächlichen Voraussetzungen der Möglichkeit darbieten muss; z. B. dass der Mandatar erhobenes Geld, welches er herausgeben müsste, als verzinsliche Schuld behalten solle [36]. Auch hierdurch wird die Aufhebung der vorigen Obligation bezweckt, es entsteht jedoch durch die blosse Uebereinkunft der Verwandlung nur eine Exception gegen die Klage aus der ersten Obligation. Für die Wirksamkeit eines solchen umgestaltenden Vertrags gilt, ausser den allgemeinen Regeln über den Abschluss derselben, von den vorher unter a. I. aufgezählten besonderen Erfordernissen und Bestimmungen für die Novation das erste nothwendig auch hier, indem die vorige Obligation die *caussa* der neuen ist [37], ebensowenig kann die Anwendbarkeit des ersten und zweiten Punkts der dritten Bestimmung einem Anstand unterliegen, während sich deren dritter gleich der zweiten und vierten Bestimmung hier von selbst erledigen. Auch die Anwendung der Sätze bei Anm. 6. bis 9. ist hier ausser Zweifel, indem Alles dieses hier nicht einmal auf Analogie

[33] Fr. 41. pr. *de Re jud.*

[34] Fr. 41. pr. *d.* fr. 13. 12. *h. t.* ebensowenig braucht der Delegatar Gläubiger des Deleganten zu sein, s. fr. 41. pr. *de Re jud.* c. 2. *de O. et A.* c. 11. *de Donat.*

[35] Denn s. fr. 12. 13. 19. *h. t.*

[36] S. Anm. [2].

[37] S. §. 96. Anm. [25].

gestützt zu werden braucht, sondern seinen Grund in dem Zweck und der Natur der Schuldverwandlung selbst findet.

Es ist nicht unmöglich, dass je nach den Umständen des konkreten Falls, wenn es an einem Erforderniss der Novation fehlt, die beabsichtigte Novation nur den Charakter einer Schuldverwandlung annimmt, und darin aufrecht erhalten werden kann, wie umgekehrt unter solchen Umständen, wo auch eine Novation eingegangen werden könnte, durch die gewählten Ausdrücke über die Auflösung der ersten Obligation Zweifel darüber möglich, ob diese oder eine Schuldverwandlung als eingegangen zu betrachten sei; für den letzteren Fall wird die Erklärung des ausdrücklichen Erlasses der vorigen Schuld entscheidend [38]. Vergl. auch noch §. 101. I. z. A.

§. 106.

Die übrigen in der allgemeinen Natur der Obligationen gelegenen Gründe ihrer Aufhebung.

Diese, in welchen im Gegensatz zu den bisher erörterten keine Befriedigung der Forderung vorausgesetzt ist, sind folgende:

D. Das Erlöschen der Person des Gläubigers oder des Schuldners rücksichtlich der Obligation [1]. Findet nämlich ein solcher Statt, so fehlt es entweder an einer Person, welche fordern, oder an einer solchen, von welcher gefordert werden kann, und damit zerfällt nothwendig die Obligation. Es leuchtet ein, dass ein solches Ereigniss zu den unregelmässigen Erscheinungen im Obligationenrecht gehören müsse, indem der Regel nach der Tod eines Theilhabers an einer Obligation diese nicht aufhebt, sondern seine Person darin durch den Erben fortgesetzt wird (s. §. 102. a. E. unter B. und §. 30. II.). Daher tritt jener Begriff und seine Wirksamkeit nur in einer Reihe vereinzelter Fälle ein.

1. Wenn ein Schuldner überschuldet stirbt, und die zu seiner Beerbung berufenen Personen den Erbantritt ablehnen [2], so kann zwar über den Nachlass ein Konkursprozess entstehen; soweit aber den Gläubigern dadurch keine Befriedigung zu Theil wird, es also an einem Objekt der Hülfsvollstreckung nun ebenso sehr, wie an einer Person fehlt, um die Forderung wider sie geltend zu machen, ist nothwendig die Obligation erloschen.

2. Es giebt gewisse Obligationen, welche nur auf die Person Derer, zwischen denen sie entstanden sind, oder eine von beiden beschränkt bleiben, und mit deren Tod erlöschen. So:

a) kann vorerst der Tod als Endtermin gesetzt, und dann in Verbindung mit der Obligation nach den Regeln von diesem zu beurtheilen sein [3]. Namentlich gehört dahin auch der Fall, wenn bestimmt worden, dass Einer zum Vortheil des Anderen Zeit seines oder dessen Lebens etwas unterlasse, oder sich gefallen lasse. Es kann ferner durch Vertrag oder letztwillige Anordnung ausgemacht sein, dass Einer dem Anderen, so lange dieser lebt, etwas leiste, also in wiederkehrenden Terminen. Bei der Bestimmung solcher Terminalleistungen versteht sich auch, wenn sie letztwillig angeordnet worden, deren Beschränkung auf die Lebenszeit des

[38] S. Anm. [2] a. E.

[1] Vergl. nachher Anm. [14].

[2] Es lässt sich auch denken, dass sich gar kein Erbe findet, der Nachlass also *bonum vacans* sein würde. Der obige Fall wird m. W. nirgends in dieser Reihe mit aufgezählt, nichtsdestoweniger beruht er in der Nothwendigkeit.

[3] Vergl. §. 97. I. 2. und das. Anm. [44], §. 30. II. z. A. und §. 16. II. a. E. und s. fr. 56. §. 4. *de V. O.*

Berechtigten von selbst[4], denn alsdann bestehen so viel einzelne Ansprüche, als Termine, von denen der erste unbedingt ist, die übrigen aber von der Bedingung abhängen, dass der Gläubiger den Termin erlebe, wenn vertragsmässig, nur dann, wenn sie ihrer Bestimmung nach, wie Alimente, an die Person des Gläubigers geknüpft sind[5].

b) Es ist möglich, dass eine Obligation nur im gegenseitigen Vertrauen auf die Individualität Derer, die sie abschliessen, oder eines von beiden auf den anderen, welcher eine damit in Bezug stehende Leistung verrichten soll, eingegangen wird, und dann also, weil jenes nicht vererblich ist, mit dem Tod entweder dessen, in den das Vertrauen gesetzt wird, oder dessen, der es hegt, also im ersteren Fall mit dem Ableben jedes Kontrahenten erlischt. Ein gegenseitiges Vertrauen, und also Erlöschen des Verhältnisses durch den Tod jedes Theilnehmers daran findet der Art und Natur derselben gemäs bei der Societät Statt[6]. Der Auftrag ferner erlischt sowohl durch den Tod des Auftragertheilers, als durch den des Beauftragten[7], indem er ebenfalls seiner Natur nach aus einem vom ersteren auf den letzteren gesetzten Vertrauen hervorgeht. Die bereits erwachsenen Ansprüche aus solchen Verhältnissen aber vererben sich. Endlich kann es vorkommen, dass eine besondere Eigenschaft, wie eine Kunstfertigkeit oder Wissenschaft, zu der versprochenen Leistung erforderlich ist, und sich in sofern das Vertrauen auf eine bestimmte Person richtete; möglich ist dabei, dass dieser Grund sowohl wider den Gläubiger der Leistung, als von demselben wider die geforderte Gegenleistung geltend gemacht werde[8]. Mit Ausnahme dieser Fälle und der genannten beiden besonderen Obli-

[4] Fr. 4. *de Annuis*, fr. 8. *eod.* ein solches Legat wird mit dem *ususfr.* verglichen und es heisst von ihm *morte finitur.*

[5] Fr. 16. §. 1. *de V. O.*; hier bleibt die Obl. eine einzige, mithin vererbt sie sich, sobald nicht ausdrücklich die Beschränkung hinzugefügt worden ist. Die Ausnahme im Text wird keinem Bedenken unterliegen; sie gehört auch zu der nachher unter c, folgenden Kategorie, s. das. a. E.

[6] Fr. 4. §. 1. *Pro socio.* Nach R. R. lässt sich unter diesen Grund noch die Aufhebung eines Kompromisses auf einen *arbiter* durch den Tod eines von beiden Paciscenten vor erfolgtem Ausspruch stellen, fr. 32. §. 3. in f. fr. 49. §. 2. *de Receptis*, indem die Wirksamkeit des Ausspruchs, wenn keine Strafkonvention eingegangen war, von der Genehmigung abhing; jetzt fällt mit dem letzteren Erforderniss dieser Gesichtspunkt weg, und so bleibt jene Vorschrift nur als eine Singularität stehen. Dagegen ist die Aufhebung des *recepti arbitrii* durch den Tod des *arbiter* vor erfolgtem Ausspruch noch jetzt auf das Vertrauen zu seiner Persönlichkeit zurückzuführen, s. Anm. [8] z. A.

[7] §. 10. *I. de Mandato*, fr. 26. pr. *Mandati*; so lange jedoch der Tod des Mandanten dem Mandatar noch nicht bekannt geworden, müssen die Erben des ersteren die inzwischen geschehene Ausführung des Auftrags gegen sich gelten lassen.

[8] Wiewohl dieser Satz sich nicht unmittelbar auf Quellenzeugnisse stützen, oder mit Beispielen daraus belegen lässt, (vergl. nur fr. 31. pr. *de Solut.* sowie fr. 45. *de Receptis*), so kann doch natürlich an seiner Richtigkeit kein Zweifel sein; wenn nämlich z. B. sich Jemand von einem berühmten Maler malen, oder von einem grossen Chirurgen operiren, oder von einem gewissen Gelehrten ein wissenschaftliches Gutachten ertheilen lassen will, und darüber mit ihnen kontrahirt, so wird durch das Ableben dieser Personen die Obligation allemal aufgelöst. Bezweifeln lässt sich nur, einmal, ob nicht Fälle dieser Art zu der unter c, folgenden Klasse gehören? Das würde in dem Erfolg nichts ändern, s. daher auch Anm. [11], doch spricht für diese Klasse das Unterscheidungsmerkmal des Vertrauens, welches auch in solchen wie den hier gemeinten Fällen unverkennbar vorwaltet. (Vergl. Zus. zu Anm. [30].) Sodann aber kann ein anderer Zweifel von rein faktischer Art in den konkreten Fällen in sofern eintreten, als der, welcher die Leistung thun soll, ein darauf bezügliches Institut, eine Fabrik oder dergleichen Anstalt hat und ein Erbe das Geschäft fortsetzt. Hier würde es darauf ankommen, ob vorausgesetzt gewesen,

gationsverhältnisse kann jedoch ein Vorgeben der Art, dass man beim Abschluss einer Obligation nur durch das Vertrauen zu der bestimmten Person geleitet worden sei, keine Beachtung finden, sondern es würde, um diesen Zweck zu erreichen, der Vertrag ausdrücklich die Beschränkung auf die Person enthalten müssen [9].

c) Es ist möglich, dass Leistungen lediglich ihrem Inhalt nach, auch abgesehen von dazu erforderlichen besonderen Eigenschaften des Schuldners, und der schon unter a) gedachten besonderen Art von Leistungen, streng an die Person eines Kontrahenten geknüpft sind, und also mit dessen Tod erlöschen, möge er sie gewähren, oder dieselben ihm geschehen sollen. Hierher gehören, ausser der eines zu bestellenden Niessbrauchs [10], namentlich alle vom Schuldner mittelst persönlicher Thätigkeit zu verrichtende Leistungen, sowie diejenigen, welche ihrer Natur nach nur dem Gläubiger in Person geschehen können, wie z. B. gewisse Dienstleistungen, oder solche, in Betreff deren die physische Existenz des Anderen vorausgesetzt ist, um sie objektiv möglich zu machen, z. B. um sich malen zu lassen [11].

d) Es gehören ferner hierher die wenigen jetzt noch praktischen reinen Strafobligationen, indem diese nur von dem ursprünglichen Gläubiger und wider den ursprünglichen Schuldner geltend gemacht werden können, und ohnedies nicht auf und wider die Erben übergehen (s. Bd. I. S. 256. 4.).

e) Endlich sind hierher die wenigen Fälle zu rechnen, in welchen die Erben des ursprünglichen Schuldners nur soweit haften, als sie sich in Folge des Schuldverhältnisses dem Gläubiger gegenüber noch bereichert befinden [12], sowie diejenigen, in welchen dieselben für die aus Culpa des in Kontraktsverhältnissen stehenden Erblassers entsprungenen Verpflichtungen nicht in ihrem vollen Umfang, sondern wegen derer aus *culpa levis* nicht haften [13].

3. Ein Erlöschen eigenthümlicher Art [14], die Konfusion, findet dann Statt, wenn die Personen des Gläubigers und des Schuldners dadurch, dass einer dem

dass der Verstorbene bei der Leistung unmittelbar, wenn auch nur leitend und beaufsichtigend, in Person thätig werden solle; andererseits kann aber das Produkt der Leistung schon soweit gediehen sein, dass die Leistung in der That vom Verstorbenen schon als geschehen betrachtet werden muss, der Andere also nicht mehr vom Kontrakt zurücktreten kann. Uebrigens bleibt es bei dem im Text folgenden Satz.

[9] Arg. fr. 31. *de Solution.* und c. un. §. 9. *d.*; eine solche Beschränkung kann auch den Charakter einer Bedingung an sich tragen.

[10] Fr. 38. §. 10—12. *de V. O.*

[11] Im vorjustin. Recht bestand rücksichtlich der *faciendo* geschehenden Leistungen eine viel weiter reichende Bestimmung, welche Justinian aufhob, s. c.13. *de Contrah. stipul.* Dieser Konst. könnte sogar, wenigstens für den Schuldner, der obige Satz zuwider scheinen. Indessen lässt er sich in manchen Anwendungen theils gar nicht bezweifeln, theils findet er in der *loc. cond. operarum* für den Fall des Tods des Dienstpflichtigen (mit dem des Berechtigten verhält es sich dabei anders) seine ausdrückliche Bestätigung. Uebrigens treten diese Fälle auch noch unter den Gesichtspunkt, dass die persönlich zu verrichtenden Leistungen durch das Ableben des Schuldners unmöglich werden, oder, dass sie dem verstorbenen Gläubiger nicht mehr geschehen können, s. nachher im Text. Dabei muss noch auf Anm. [39] a. E. ausdrücklich verwiesen werden, um den obigen Satz in Anwendung auf gegenseitige Verträge, also im Besonderen die *loc. cond. operarum*, richtig zu verstehen. Von den *operis* der Freigelassenen, deren die Quellen öfters gedenken, ist keine Anwendung mehr zu machen; vergl. z. B. fr. 6. *de Operis libert.*

[12] S. z. B. §. 102. Anm. [125], ebenso fr. 21. §. 2. *de Peculio.*

[13] Fr. 12. *de O. et A.*; das Nähere bei den einzelnen Obligationen.

[14] Nach R. R., resp. dem älteren, bestand in der Entstehung der väterlichen Gewalt durch Adoption und Arrogation als Beendigung der selbstständigen Persönlichkeit (anderer an sich antiquirter zu geschweigen), ein ähnlich wie der Tod und die Konfusion wirksamer Grund; er ist durchaus unpraktisch, s. das Weitere in der Lehre von der väterlichen Gewalt.

anderen succedirt, in rechtlicher Hinsicht in einander fliessen, denn Niemand kann sein eigener Gläubiger oder Schuldner sein [15]. Möglich ist auch das Ineinanderfliessen zweier oder mehrerer Forderungen desselben Inhalts in eine Person dadurch, dass der eine Gläubiger den oder die anderen beerbt, sowie, dass Verpflichtungen desselben Inhalts mehrerer Schuldner durch Vererbung in einer Person sich vereinigen; ein solches Ereigniss thut dem Gläubiger keinen Abbruch, und nützt dem übrigen Schuldner nicht, sondern der erstere kann die mehreren Forderungen neben einander geltend machen [16], ausgenommen, dass, wenn Hauptschuld und Bürgschaft in eine Person zusammenfliessen, nun nur die erstere bestehen bleibt, und die letztere erlischt [17]. Die Konfusion ist nicht blos wegen der ganzen Forderung möglich, sondern auch theilweise [18]. Treten Umstände ein, welche die Veranlassung der Konfusion aufheben, so dass die wirklich erfolgte, oder als geschehen bisher zu betrachtende Vereinigung der Personen wieder rückgängig wird, so fällt auch die Wirkung wiederum hinweg [19].

E. Ebenso ferner, wie die Obligation von Anfang an ungültig ist, welche eine unmögliche Handlung zum Gegenstand hat, erlischt sie, sobald die Unmöglichkeit

15 Fr. 75. 95. §. 2. fr. 107. *de Solut.* fr. 21. §. 3. fr. 71. *de Fidejuss.* fr. 1. §. 18. *ad Leg. Falcid.* fr. 21. §. 1. *de Liberat. leg.* Eine besondere Wichtigkeit erlangt dies bei der *restitutio hereditatis*, worüber im Erbrecht beim *fideicommiss. heredit.* Wegen der Wirksamkeit der Konfusion bei Korrealobl. s. §. 89. Die anderen seltenen Fälle der Universalsuccession ausser der Beerbung bedürfen keiner weiteren besonderen Berücksichtigung, allerdings gilt von ihnen dasselbe, wie von dieser.

16 Fr. 10. *de A. E.* fr. 18. *de O. et A.* fr. 21. §. 1. *de Fidejuss.* Vergl. §. 30. bei und in Anm. [20]. Ausser diesem Fall ist auch noch der möglich, dass ein Korrealschuldner oder Gläubiger den oder die übrigen beerbt, auch dann bestehen die verschiedenen Beziehungen der Obligationen auf jeden in dem ersteren fort, fr. 13. *de Duob. reis*, fr. 93. pr. §. 1. *de Solut.*, nur ist dies blos in sofern von Interesse, als die Forderung bezüglich des einen der vormaligen Schuldner oder Gläubiger erloschen oder unwirksam sein könnte, was nun, wenn dies bezüglich eines anderen nicht der Fall ist, wider oder für dieselbe eine Person, welche verklagt werden oder klagen kann, gleichgültig ist. — Die hier angedeuteten Fälle werden öfters unter den Begriff der Konkurrenz den vorherigen, als der Konfusion allein angehörigen, entgegengesetzt; die Quellen wenden aber auf jene ebenfalls *confundere* an; zur Vermeidung von Misverständnissen ist es besser, den ersten Ausdruck hier nicht anzuwenden, s. übrigens §. 30. Bd. I. S. 274 f.

17 Fr. 93. §. 2. 3. *de Solut.* fr. 14. *de Fidejuss. quia rei oblig. plenior est*, fr. 50. *eod. major tollit minorem;* fr. 13. *de Duob. reis.* Der Grund, dass die Verpflichtung des Hauptschuldners fester und strenger sei, muss aber auch wirklich zutreffen, d. h. ist sie nur eine naturale, und die des Bürgen klagbar, so wird der Bürge durch Konfusion nicht befreit, s. fr. 95. §. 3. *de Solut.* (die Lesart dieses Fragments scheint in allen Handschriften mehrfach in Unordnung zu sein, vergl. darüber deutsch. Corp. Jur. Bd. IV. S. 764. [128], und s. noch das. Anm. [129]). Vom Bürgen bestellte Pfandrechte bleiben bestehen, wenn er sie auch *in suam oblig.* bestellt hat, während Rückbürgen frei werden, fr. 38. §. 5. *eod.* Hierin finde ich eine Inkonsequenz; der Grund (*sublata obl. ej. pro quo fidejuss. est,*) für die letzteren passt auch auf die ersteren. — Für Mitbürgen tritt — wenn einer den anderen beerbt — so wenig Konfusion ein, wie für Korr.-Schuldner, fr. 21. §. 1. *de Fidejuss.* s. Anm. [16] u. Helmolt Korr.-Obl. S. 38.

18 Fr. 24. 50. *de Fidejuss.*

19 Fr. 21. §. 2. *de Inoff. test.;* hier ist die Eviktion der Erbschaft durch Umstossung des Testaments gemeint, so dass also nach letzterem bereits Konfusion eingetreten war; ebenso in fr. 87. §. 1. *de Acquir. hered.*, wenn Restitution gegen den Erbantritt ertheilt wird; (s. noch fr. 20. *de Hered. vel act. vend.* fr. 58. *ad Sct. Treb.*) der zweite im Text angedeutete Fall würde eintreten, wenn z. B. Jemand von entfernten Intestaterben beerbt worden, und einer von diesen den Nachlass wie ihm allein zuständig behandelt hat, nachher aber sich ein zweiter, oder ein näherer findet; dann ist Konfusion nur scheinbar eingetreten.

später eintritt[20], und nicht etwa der Schuldner sie zu vertreten und deshalb Ersatz zu leisten hat[21]; wird sie nur theilweise, oder in der Art, wie sie geschuldet wurde, namentlich in unversehrtem Zustand, unmöglich, so mindert sich die Forderung, so dass die Leistung nur so zu geschehen braucht, wie sie nun noch möglich ist[22]. Es ist also die durch Zufall, und zwar in der Abgrenzung dieses Begriffs im Gegensatz zur Culpa[23], allein entstehende Unmöglichkeit der Leistung, welche jene Wirkung haben kann. Für die Anwendung der Regel und ihre weiteren Folgen auf einzelne Arten der Obligationen ist zuvor zu bemerken, dass der Begriff der Unmöglichkeit der Leistung[24] nur entweder in Betreff zu leistender Sachen eintreten

[20] Fr. 185. *de R. J.* vergl. Anm. [45], und §. 25. Anm. [6] u. s. w. Vgl. über diese Lehre im Allgemeinen: Fuchs zur Lehre vom *periculum* bei Obl. im Arch. Bd. 34. Nr. 5. 10. 17. Mommsen Beitr. zum Obl.-R. I. Abth. Die Unmöglichkeit der Erfüllung u. s. w. bes. S. 228 ff. und dazu Windscheid in d. Hdlbrgr. krit. Ztschr. Bd. II. S. 106—145.

[21] S. u. bei Anm [46] ff.

[22] Man spricht hiernach von *periculum interitus* und *deteriorationis*, *furti*, *dejectionis*, vergl. Anm. [26], [37], [45].

[23] Vergl. §. 101. S. 336. s. z. B. fr. 25. §. 7. *Locati*, es steht mithin die Vernachlässigung der *culpa levis*, wenn man nur zur Vertretung der *culpa lata* gehalten ist, dem Zufall in den obigen Folgen gleich, und so wird denn die Uebernahme der *c. lata* auch *periculum* genannt, s. fr. 1. §. 35. *Depos.*

[24] Man stellt hier auch wohl die natürliche und rechtliche Unmöglichkeit einander gegenüber, und versteht unter der zweiten namentlich den Fall, wenn eine zu leistende Sache *res extra commercium* wird, oder der Gläubiger die Erwerbfähigkeit verliert; s. z. B. Unterholzner a. a. O. S. 511. 513. Das letztere ist ganz antiquirt, s. §. 40. [4]. Das erstere, wovon §. 2. *I. de Inutil. stipul.* und fr. 83. §. 5. *de V. O.* verlangt, dass es *sine facto promissoris* geschehen sein müsse, kann gegenwärtig (vergl. §. 40. I.) auch nicht mehr vorkommen, als etwa in Folge der Anwendung eines Expropriationsgesetzes, womit die Frage dem Partikularrecht anheimfällt. Was dagegen ferner die aus den in §. 83. S. 24. bb. u. cc. angeführten Gründen rechtlich unmögliche Leistung von Sachen anlangt, so ist: 1) von den Veräusserungsverboten, deren Eintritt nach Abschluss einer Obl., jedoch vor der durch diese bezweckten Tradition gedacht, allerdings das in Anwendung auf *res litigios.* noch praktisch möglich. Da aber die *obligatio* über die Veräusserung, sobald nur der Erwerber das Verhältniss nicht kannte, nicht nichtig ist, wenn die Sache damals schon litigiös war, (§. 33. Anm. [14] a. E. 1)) sondern das Interesse gefordert werden kann, so entsteht die Frage, ob nicht in unserem Fall, wo sie zu jenem Zeitpunkt noch gar nicht litigiös war, mithin von *ignorantia* und *scientia* keines von beiden Kontrahenten die Rede sein kann, dieselbe Folge eintreten müsse? Sie würde zu verneinen sein, wenn der Grund zu jener Prästation in der *scientia* des Veräussernden zu suchen wäre, das ist aber nicht der Fall, *arg.* fr. 70. *de Contrah. emt.* fr. 39. §. 3. *de Evict.* vergl. Brandis in d. Zeitschrift Bd. VII. S. 182. Da ferner, wenn er den Prozess gewinnt, der Vertrag realisirt werden kann und muss, und wenn er ihn verliert, ohne Zweifel Anspruch auf Entschädidung begründet ist, so kann selbst eine temporäre Unmöglichkeit hier nicht anerkannt werden, welche Wirkungen der im Text gedachten Art äussern könnte, so dass der Schuldner deshalb die Erfüllung versagen dürfte. Allerdings sind in einem solchen Fall — den ich bei Niemandem berücksichtigt finde, — Verwickelungen und Fragen mancher Art möglich, sie müssen sich aber alle nach den allgemeinen Regeln lösen. — Die übrigen Veräusserungsverbote (§. 38.) können hier nicht wirksam gedacht werden; für mehrere derselben ist dies ohne Weiteres von selbst klar; von den anderen kann das richterliche an einen Schuldner zur Sicherung seiner Gläubiger auf die früher kontrahirten Obl., welche die Veräusserung nur als Folge nach sich ziehen, schlechthin keinen Einfluss äussern, denn der andere Kontrahent ist selbst Gläubiger, und soweit ein solches Einfluss äussern könnte, z. B. bei drohendem oder ausbrechendem Konkurs, oder im Interesse bevorzugter Gläubiger, würden andere Gesichtspunkte als der der Unmöglichkeit der Leistung eintreten. Das letzwillige Veräusserungsverbot sodann kann natürlich den Erben in Bezug auf eine Sache des Testators nicht von dessen Verpflichtung befreien, und in Bezug auf seine ei-

kann, also wenn sie untergegangen sind[25], oder verschlechtert worden[26], oder rücksichtlich anderer Umstände, welche, um die Leistung zu verwirklichen, erforderlich sind. In der ersteren Beziehung kann nur die Leistung einer bestimmten Sache unmöglich werden, niemals die individuell nicht bestimmter Gegenstände; mithin nicht die aus Obligationen fungibler Sachen (Quantitäten), oder nichtfungibler nur der Gattung nach bestimmter Sachen[27] (Obl. generis), sobald nicht diese durch irgend eine nähere Begrenzung der Zahl nach bestimmt sind. Zu welchem Zweck die Sache geleistet werden soll, m. a. W., welches der rechtliche Inhalt der Leistung ist, ob eine Uebertragung eines Rechts an ihr, oder nicht, ist dabei gleichgültig, indem es sich nur um die Auflösung der Obligation handelt[28]; es besteht daher der Verlust des dem daran Betheiligten zuständigen Sachenrechts durch den Zufall für sich (vergl. §. 39. 1.), so dass er auch dieses mit der Forderung zugleich verlieren kann. In der zweiten Beziehung kann Unmöglichkeit auf mehrfache Weise eintreten, zuvörderst als ein physisches Hinderniss der Handlung[29], sodann namentlich durch den Tod des Verpflichteten oder Berechtigten, s. Nr. I. c), durch den Verlust gewisser zu der in einer persönlichen Thätigkeit bestehenden Leistung[30], oder zu

gene, würde er sich erst durch Erwerb der Erbschaft dem Verbot unterwerfen, und durch diese Handlung kann er natürlich seinem Gläubiger kein Recht entziehen, und dessen Anspruch nicht aufheben. 2) Dadurch, dass der Gläubiger eine ihm zu leistende Sache auf anderem Weg inzwischen erwirbt, erlischt die andere Obligation nicht, sondern das findet nur durch *concursus duarum lucrativ. caussarum* Statt s. §. 107. F. — Unter diesen Umständen ist es angemessener, den zu Anf. der Anm. gedachten Gegensatz in dieser Verbindung zu vermeiden, und die Unmöglichkeit, soweit sie nicht physisch ist, wie oben im Text weiter folgt, zu spezialisiren.

[25] Fr. 107. *de Solut.* fr. 37. *de V. O.* Hier wird in Bezug auf die Begriffe der einzelnen Arten von Sachen bei geschehener Zerlegung, Veränderung oder Spezifikation u. s. w. für die konkreten Fälle die Frage von Wichtigkeit, ob wirklich die Sache untergegangen sei? Sie ist nach den für diese Begriffe und Ereignisse geltenden Regeln zu beantworten. Beispielsweise kommen in den Quellen vor: der Tod von etwas Lebendem, fr. 14. §. 1. *Depos.* fr. 23. 33. *de V. O.* fr. 5. §. 2. *de Resc. vend.* Verschüttung eines Grundstücks durch Erdfall, fr. 47. §. ult. *de Leg. I.* Zerlegung eines Schiffs in seine Theile, *ut in alios usus converterentur tabulae*, so dass also die entgegengesetzte Absicht auch ein anderes Resultat liefern muss, nicht jedoch ein blos *mutatum consilium*, s. fr. 98. §. ult. *de Solut.* Fernere Beispiele s. in fr. 23. in f. *de R. J.* fr. 5. §. 4. fr. 18. *Commodati.* Hier wird also überall Unmöglichkeit anerkannt, dagegen wird dieselbe z. B. für die Leistung einer *area* verneint, wenn diese bebaut worden ist, s. *ibid.*

[26] S. z. B. fr. ult. *Commodati* und vergl. §. 93. S. 192. f. u. S. 211. 1. u. das. Anm. 121 u. Anm. 45 a. E. S. noch *Elvers doctr. de Culpa* p. 59 ff.

[27] *Genus non perit*, s. z. B. fr. 42. *de J. D.* fr. 1. §. 2—4. *de O. et A.* Anders ist es bei individualisirten *res fungib.* oder *genera*, s. fr. 37. *de V. O.* fr. 30. §. 5. *ad Leg. Falcid.*, und ein besonderer Grund der Befreiung unter solchen Umständen ist namentllich dafür anerkannt, wenn der Verlust durch *dolus* des Gläubigers herbeigeführt, s. fr. 6. *de Doli exc.* oder Verzug desselben vorangegangen ist, s. §. 93. Anm. 98.

[28] Vergl. die Beispiele in den citt. Stellen der Anm. 25.

[29] S. z. B. fr. 15. §. 6. *Locati* (wegen des Verlusts der Gegenleistung in dem Beispiel dieser Stelle s. übrigens Anm. 39 a. E.). Auch aus fr. 5. §. 4. *Commodati* ist ein bestätigendes Beispiel bezüglich der *senectus* und des *morbus* zu entnehmen, beides als Gründe der Unmöglichkeit der Leistung der schuldigen Diligenz gedacht.

[30] Z. B. eintretende Krankheit, Verlust des Gesichts, des Gehörs u. s. w. Es ist mir die Frage vorgekommen, ob nicht Verhältnisse der hier in Rede stehenden Art, die in der Regel noch dazu aus besonderem Vertrauen, oder wenigstens immer mit Rücksicht auf vorausgesetzte persönliche Eigenschaften und deren Fortdauer eingegangen zu werden pflegen, unter Umständen vom Principal oder Conductor gekündigt werden und er davon zurücktreten dürfe, wo sich eine Aenderung und Täuschung in diesen Voraussetzungen später herausstellt? — Es hat z. B. ein protestantischer

deren Annahme erforderlichen Eigenschaften des ersteren oder des letzteren [31], durch den Wegfall nothwendiger Voraussetzungen, um die Leistung verwirklichen zu können, so, wenn der Gläubiger, dem eine Grunddienstbarkeit bestellt werden soll, sein Grundstück vorher veräussert [32], oder wenn der Gegenstand untergeht, an welchem die Leistung geschehen sollte. — Soll, ferner, der Begriff der Unmöglichkeit in dieser Art wirksam werden, so muss die Leistung nicht nur schwierig, oder relativ und zur Zeit unmöglich sein, sondern absolut [33]; die zeitige Unmöglichkeit schiebt jedoch die Leistung so lange auf, bis sie gehoben ist [34]. Dagegen stellt der Wiedereintritt der Möglichkeit einer absolut unmöglich gewordenen Leistung die dadurch erloschene Verpflichtung nicht wieder her [35]. Die Wirkung tritt übrigens

(oder katholischer) fürstlicher Vater seine Kinder einem jungen Geistlichen zur Erziehung und zum Unterricht ausser dem Hause gegeben, ist einen bündigen Kontrakt mit ihm rücksichtlich der Dauer und äusserlichen Leistungen desselben (Wohnung, Alimentirung der Kinder u. s. w.) eingegangen, und der Erzieher wird im Lauf dieser Zeit Jesuit (oder Deutschkatholik), oder er verheirathet sich mit einer ganz unsittlichen und anrüchigen Person, oder er wird ein notorischer Säufer u. s. w., so dass der Vater, hätte er das voraussehen können, ihm die Kinder auf keinen Fall in Pension gegeben hätte, — soll er an den Kontrakt wider Willen ferner gebunden sein? — Ich würde nicht umhin können, dies zu verneinen, mit Bezug auf die Lehre vom Irrthum, Bd. I. §. 22. Anm. [29] und die Analogie des §. 106. D. 2. b). Auf der anderen Seite kann freilich, wenn der andere Kontrahent zur Erfüllung seiner kontraktlichen Obliegenheiten Veranstaltungen getroffen und Auslagen gemacht hat, (in unserem Beispielsfall also etwa auf längere Zeit einen grossen Wohnungsraum gemiethet, Dienstpersonal angenommen hat, u. s. w.) eine angemessene Entschädigung dafür mit Rücksicht auf die Umstände in Frage kommen. — Nachträglich finde ich eine Bestätigung dieser Ansicht in der Entscheidung des O.-A.-G. zu Wolffenbüttel, (Ztschrft. f. R.-Pflege in Braunschweig 1858. S. 126.), dass der Irrthum eines Kaufmanns beim Engagement eines Kommis über dessen Unbescholtenheit zur Auflösung des Kontrakts berechtigt.

[31] Es ist kein Grund vorhanden, auf Fälle dieser Art schlechthin fr. 19. §. 9. 10. *Locati* (s. nachher Anm. [39] und §. 118. [123]) für anwendbar zu halten, denn die dem Text nach zu verstehenden Verhältnisse sind nicht als *locatio cond.* zu denken. Dass selbst neben der Regel von der Dienstmiethe für den Fall, dass dem *cond. operarum* die Annahme der Leistung unmöglich wird, nähere Bestimmungen und Beschränkungen eines solchen Verhältnisses nicht ausgeschlossen seien, ist für sich klar, und doch wohl auch die Möglichkeit der stillschweigenden Voraussetzung solcher nicht zu leugnen. Nicht nur also, wer z. B. auf bestimmte Zeit mit einem Klavierlehrer um eine gewisse Summe kontrahirt, aber vor Beginn des Unterrichts die Finger zerbricht, muss von der Zahlung des Honorars befreit werden, sondern, nach m. E. wenigstens, z. B. auch der, wer, an einem Fussschaden krank, eine Person auf bestimmte Zeit angenommen hat, um den Verband zu besorgen, vorher aber genöthigt gewesen ist, den Fuss abnehmen zu lassen. S. überhaupt noch Anm. [39] a. E.

[32] Fr. 136. §. 1. *de V. O.*

[33] S. §. 83. S. 22. Anm. [12], [13].

[34] Fr. 98. §. 8. *de Solut.* in dem Beispiel: *Nec simili argum. etc.* Dieser Fall ist auch als dazu geeignet zu betrachten, Sicherheitsbestellung zu fordern.

[35] Diesen Satz lehrt dieselbe Stelle in dem Beispiel der Wiederzusammenfügung einer auseinander genommenen, aus mehreren einzelnen Stücken zusammengesetzten Sache, welche durch das Auseinandernehmen zu sein aufhört, aber mit der Voraussetzung, dass beim letzteren die Absicht vorgewaltet habe, die Stücke nun zu anderen Zwecken zu benutzen, dieser Plan aber nachher wieder aufgegeben worden sei; dann wird die wiederzusammengesetzte Sache als eine andere betrachtet, wie die frühere war, während, wenn das Zerlegen nur in der Absicht der Wiederzusammensetzung geschah, die wiederzusammengesetzte als dieselbe, wie die vorige, zu betrachten ist. Bei anderen als Sachleistungen, oder gar ausser solchen, als den Beispielsfällen, wird das nicht leicht vorkommen. Will man ganz genau verfahren, so müsste man dem obigen Satz je nach dieser Verschiedenheit noch eine Beschränkung hinzufügen; es scheint dies aber zu mikrolo-

ohne Weiteres von selbst ein[36]. Sie besteht, wie schon gesagt, in einer Auflösung oder Minderung des Obligationsverhältnisses, so dass der Schuldner völlig oder verhältnissmässig befreit wird, der Gläubiger aber gleichergestalt seine Forderung verliert[37]. Bei Verträgen mit gegenseitiger Leistung kommt es auf den §. 97. Nr. II. 5, anerkannten Unterschied an, ob sie ihrer Natur nach gleichzeitig sind, oder die eine zuerst gefordert werden kann. Für die der ersteren Art, welche immer Sachleistungen enthalten müssen, zieht die für die eine eintretende Unmöglichkeit dieselbe Folge nach sich, jedoch nur für sie, nicht für die andere möglich gebliebene Gegenleistung; diese hängt vielmehr nicht nothwendig davon ab, dass die gegenüberstehende Leistung wirklich erfolge, sondern die Verpflichtung zu ihr kann, auch wenn jene unmöglich geworden, bestehen bleiben, so dass der eine Kontrahent seinerseits nichts zu leisten braucht, während er seine Forderung geltend machen kann, und der andere seine Forderung verliert, und noch dazu zur Leistung seinerseits verpflichtet bleibt. Das gegenseitige Verhältniss der Paciscenten nämlich, sobald der Vertrag durch die Uebereinstimmung einmal perfekt, und gleichzeitige Leistung durch die Natur des Geschäfts gegeben ist, kann durch die Hinausschiebung derselben, oder der einen oder anderen nicht verändert werden, es muss m. a. W. die vorherige zufällige Vernichtung oder Verschlechterung des zu leistenden Gegenstands Den, der ihn bekommen soll, gerade ebenso treffen, wie wenn er ihn gleich beim Abschluss empfangen hätte, während dem Anderen das, was er dafür empfangen soll, demungeachtet eben sowohl zu Theil werden muss, wie er, wenn er es schon erhalten hätte, es nicht zurückzugeben brauchte[38]. Die gegen-

gisch, als dass es nicht dieser Bemerkung hätte überlassen werden können.

[36] Fr. 23. 33. 37. *de V. O.* fr. 107. *de Solut.*

[37] S. Anm. [20] und [22]. Es ist nicht zu übersehen, dass bisher zwar nur von einseitigen Obl. die Rede gewesen ist, dass jedoch die Wirkung der Verschlechterung im Gegensatz zu der des Untergangs bei gegenseitigen regelmässig keine verschiedene ist, und also, wenn erstere oben bei Anm. [22] in eine Minderung gesetzt worden, eine solche nicht auf Seiten z. B. des Verkäufers in Ansehung des Preises zu verstehen, denn s. nachher im Text. Nur dann, wenn (ausnahmsweise) die Gefahr auf den fällt, der die verschlechterte Sache zu leisten hat, muss allerdings sich auch die Gegenleistung mindern; nur würde dann die Vorfrage entstehen, ob das Geschäft nun noch überhaupt Bestand haben kann, oder in Folge der eingetretenen Veränderung am Gegenstand dergestalt für nicht erfüllbar, und also für nicht erfüllt zu erachten ist, dass der andere Kontrahent, (z. B. der Käufer) was eventualiter von ihm abhängt, nicht mehr daran gebunden, und sogar zur Forderung des Interesses gehalten ist? Bei dieser Frage wird der Begriff zufälliger Verschlechterung gleichgültig, es handelt sich einfach um den der Erfüllung der Leistung, s. §. 90. z. A. §. 93. S. 192 f. und §. 86. z. A. und vorzüglich §. 93. bei und in Anm. [9].

[38] §. 3. *I. de Emt.* fr. 34. §. 6. *de Contrah. emt.* fr. 5. §. 2. *de Rescind. vend.* fr. 7. pr. 8. pr. *de Periculo et commodo*, c. 6. *eod.* Vergl. §. 97. II. 5., wo dieser Punkt in Verbindung mit den gegenseitigen Verträgen als eine wesentliche und aus ihrer Natur zu erklärende Wirkung derselben berührt worden ist. Es ist bekanntlich der Gegenstand einer viel besprochenen Kontroverse, die namentlich Wächter im Archiv Bd. XV. S. 97. ausführlich erörtert hat, welchem dann die meisten Neueren folgen, namentlich: Madai Mora S. 277 ff. Pfordten Abhandl. S. 324. Wolff Mora S. 126 ff. Unterholzner a. a. O. S. 514. V. Fritz Erl. S. 438 ff. Puchta §. 302. Vangerow Bd. III. S. 217 ff., etwas schwankend ist Mühlenbruch §. 365.[5] und Hepp, die Zurechnung auf dem Gebiet des Civilrechts, S. 31 ff. und rücksichtlich anderer Verträge als des Kaufkontrakts Thibaut §. 478. III. 2. B. 8. Ausg. (dazu Froben Thl. II. S. 22.) und Rosshirt in seiner Ztschrft. Bd. II. S. 374. (Vergl. auch noch Glück Komm. Bd. IV. §. 326. [b]). S. jetzt auch Arndts Pand. §. 275. Anm. 1. und 2. und dort die neueste Lit. (vergl. Anm. [20]). Mit der Grundlage des obigen Satzes verhält es sich nämlich so. Alle diesen Fall berührenden Quellenzeugnisse betreffen entweder den Kauf, s. die vorher citt. u. a. m., oder

seitigen Leistungen der anderen Art aber, also diejenigen, wo der Natur der Verträge gemäs die Erfüllung der einen vor der anderen gefordert werden kann, tragen die stillschweigende Voraussetzung in sich, dass die Gegenleistung von dem wirklichen Erfolgen der Vorleistung abhänge, und vorher nicht geschuldet werde, mithin, beziehungsweise ganz oder theilweise, gar nicht, so dass auch das darauf schon Gegebene zurückgefordert werden darf, wenn die Vorleistung verhältnissmässig unmöglich wird; nur wenn der Grund davon auf Seiten Dessen eintritt, welcher die Gegenleistung schuldet, m. a. W., wenn er die erstere nicht mehr annehmen kann, wird er wiederum von der letzteren nicht befreit, sobald das Verhältniss auf eine gewisse Dauer eingegangen, und die Unmöglichkeit vorher eingetreten ist. Doch erlischt bei einer Dienstmiethe dieser Art die hiernach sonst fortdauernde Verpflichtung zur Gegenleistung dann, wenn der Vermiether noch während der Zeit einen anderen Dienst ähnlicher Art angenommen hat. In Fällen der ersten Art ändert die Verabredung, dass eine und welche von beiden Leistungen zuerst geschehen solle, an der gedachten Wirkung ebenso wenig etwas, als in denen der letzten Art die, dass dasjenige zuerst geleistet werden solle, was der Natur des Vertrags gemäs sonst erst hinterher zu leisten war [39].

Innominatkontrakte, s. fr. 5. §. 1. *de Praescr. verb.* c. 10. *de Condict. ob css. dat.* Die letzteren können wegen der im heut. R. damit vorgegangenen Veränderung bei Seite gestellt werden, indem sich danach rücksichtlich ihrer hier jetzt ohnehin Alles wie beim Kauf verhält; s. bes. Wächter a. a. O. S. 215 ff. und Vangerow S. 219 f. (auch gegen versuchte andere Auslegungen der beiden letztgenannten Stellen). Von den Gen. sind nun Thibaut, der aber wegen der zugegebenen Zweifel seinen Hauptgrund in einer völlig unerweislichen Praxis sucht, und Rosshirt der Meinung, dass sich der gedachte Satz auf den Kauf als ein singulärer beschränke. (Eine ältere noch weiter reichende Ansicht, welche selbst für den Kauf den Satz als praktisch leugnet, nämlich wegen fr. 33. *Locati* und fr. 12. 14. *de Periculo*, kann auf sich beruhen, s. darüber Glück Komm. Bd. XVII. S. 135 ff.) Allein, dass seiner nur beim Kauf und den Innom.-Kontr. Erwähnung geschieht, hat seinen einfachen Grund darin, dass seine Anwendung fast ausschliesslich bei Sachleistungen vorkommt, diese aber zweiseitig fast nur in jenen Formen möglich sind. Sein innerer Grund ist im Text angegeben. Vergl. Puchta a. a. O. Anm. f) und Vangerow S. 221. Nicht eigentlich im Resultat, sondern nur in seiner Begründung weicht ab Mühlenbruch a. a. O., und zwar der Wächter's widersprechend und sie ungenügend findend, welcher (S. 201.) den Satz auch als Resultat der von ihm für Tragung der Gefahr anerkannten beiden Hauptsätze: *impossibil. nulla obl.* und *casus a nemine praestantur* (s. Anm. 39) darzustellen sucht. Bei der diesseitigen hiervon ebenfalls abweichenden völlig selbstständigen Begründung, bedarf es keiner Rücksicht weiter hierauf. Dagegen aber ist hier noch ausdrücklich darauf aufmerksam zu machen, dass die obige unter Bezug auf §. 97. II. 5, hier festgehaltene Unterscheidung der einzelnen Arten gegenseitiger Obligationen, wenn zwar im Resultat für die einzelnen, so doch nicht in der Methode mit der gewöhnlichen Darstellungsweise übereinkommt. S. darüber folg. Anm.

[39] Der Inhalt des obigen Satzes erscheint in der gangbaren Doktrin in sehr verschiedenartiger Gestalt und von mannigfaltig gewählten Gesichtspunkten aus aufgefasst. Die neueren Lehrbb., bis auf Thibaut, nehmen zwar den im Text vorangehenden (den zur vor. Anm. gehörigen) Satz einstimmig an, es finden sich aber z. B. bei Wening §. 256. (135) und Mühlenbruch §. 365. folgende Verschiedenheiten: ersterer wendet ihn nur auf Eigenthumsübertragungen an, (dies ist schon im Ausdruck falsch, da der Kauf diese nicht zum nothwendigen Zweck hat) und fügt dann hinzu, dass, wenn ein Faktum oder eine Gebrauchsüberlassung geschuldet, und die Leistung dem Gläubiger zufällig unnütz oder dem Schuldner unmöglich werde, dort die Gegenleistung erfüllt, hier selbst das schon Erhaltene zurückgegeben werden müsse. Damit stimmt Fritz S. 438 f. überein, indem er besonders hervorhebt, dass, wie für den ersten Satz die Quellenzeugnisse nur den Kauf beträfen, dennoch aber aus inneren Gründen (der seinige, aus der zu vermu-

Die vorstehende Regel über die Verpflichtung zur Gegenleistung trotz zufälligem Untergang des Gegenstands der Vorleistung erleidet eine Ausnahme, wenn der Vertrag bedingt eingegangen und jener während des Obschwebens der Bedingung erfolgt ist, denn dann fehlt es an einem Gegenstand für das Geschäft

thenden Absicht der Partheien entnommene, scheint mir jedoch nicht stichhaltig, s. vielmehr den im Text enthaltenen, vergl. vor. Anm.) Allgemeinheit desselben angenommen werden müsse, so für den zweiten und dritten dasselbe gelte, wiewohl die Quellenzeugnisse nur *loc. cond. rerum* und *operarum* beträfen. In der letzteren Beziehung widerspricht er namentlich Wächter'n, der hierin eine, aber ebenfalls aus der Intention der Paciscenten zu erklärende Ausnahme für die *loc. cond.* allein sieht. Mühlenbruch §. 365. weicht davon in sofern ab, als er der Ansicht ist, dass bei Obl. auf ein Thun der Promittent, sobald ohne dessen Schuld die Erfüllung nicht geschehen könne, im R. R. besonders begünstigt sei, indem den Gläubiger dann immer die ganze Gefahr treffe, ausser in sofern der erstere von einem Anderen für die nämliche Dienstleistung entschädigt sei. Diese Ansicht wird auf die Stellen von der *loc. cond. operar.* und dem Ehrensold der Advokaten gestützt (s. die Stellen in §. 97. Anm. [63] und [64]), während die Bestimmung des letzteren als eine singuläre, *operas* ohnehin nicht betreffende zu betrachten ist (s. das.), und das erstere sich aus fr. 15. §. 6. *Locati* widerlegt, dem M. Anm. [10] die Ansicht besonders gestellter Kontraktsbedingungen abgewinnen will; vergl. Puchta §. 302. h.) und Vangerow S. 225. Anstatt der von den bisher genannten Schriftstellern geschehenen Auffassung stellt Puchta a. a. O. neben dem Satz bei Anm. [38], als der Hauptregel, die Modifikation auf, dass, „wenn die Gegenleistung das Aequivalent für die Zeit des Gebrauchs eines Gegenstands wie bei der *loc. cond.* sei, der Anspruch auf die Gegenleistung fortdauere, wenn dem dazu Verpflichteten durch einen auf seiner Seite eintretenden Zufall der Gebrauch unmöglich werde, keineswegs aber, wenn, und von der Zeit an, wo dies durch einen den Gegenstand (Sache oder Kräfte) treffenden Zufall geschehe.“ Damit stimmt Vangerow a. a. O. S. 223. überein, indem er im R. R. für die „eine Gebrauchsüberlassung, also namentlich *loc. cond. rer.*“ bezweckenden Verträge das Princip anerkannt findet, dass der Vermiether für den Gebrauch während der Miethzeit in vollem Umfang auch einstehen müsse, und die Gegenleistung damit nur Schritt halte, was von selbst zu dem weiteren Satz führe, dass letztere erst nach gemachtem Gebrauch zu geschehen brauche, so dass dann eventualiter verhältnissmässige Kürzung der letzteren eintrete oder diese ganz wegfalle, s. fr. 9. §. 1. 4. fr. 15. §. 1. 2. fr. 19. §. 6. fr. 25. §. 2. 6. fr. 27. pr. fr. 33. 34. *Locati;* ähnliche Grundsätze gelten dann auch bei der Dienstmiethe, also namentlich bei der *loc. cond. operar.* nach fr. 15. §. 6. fr. 19. §. 9. 10. fr. 38. pr. 61. §. 1. *eod.* mit der Ausnahme, wenn der Locator seine Dienste anderweit untergebracht habe, (fr. 19. §. 9. 10. *d.*) — Die Resultate in Ansehung der *loc. cond.*, und der daran geknüpften Ausdehnung auf Gebrauchsüberlassung und Dienstleistung im Allgemeinen stehen ganz fest. Allein mit dem von Vangerow anerkannten Hauptprincip als Erklärungsgrund scheint es mir in sofern sehr misslich zu stehen, als es neben dem allgemeinen von der Wirksamkeit der Verträge, sobald sie perfekt sind, und deren Unabhängigkeit von zufällig eintretenden Unmöglichkeiten der Leistung auf der einen Seite, den Charakter der Willkühr und des Nothbehelfs nicht zu verleugnen vermag, und jene Resultate also immer auf wirkliche Ausnahmen hinauskommen und in sich nicht wirklich erklärt sind. Dieses Bedenken schwindet dagegen völlig, sobald man seine Aufmerksamkeit auf den von dems. selbst nicht verleugneten, jedoch nur als Konsequenz daraus bezeichneten Satz richtet, in welchem ich mit Pfordten Abhandl. S. 323 ff. das Hauptprincip erkenne, und womit der im Text angegebene Unterschied maasgebend wird. Die Richtigkeit dieses letzteren ist nach m. E. ausser allem Zweifel, und dass damit die Sache vollständig erklärt sei, wird Niemand leugnen können. Allerdings beruht er nur auf denselben vorher cit. Stellen über die *loc. cond.*, allein es ist, wie auch allgemein anerkannt ist, nicht der geringste Grund vorhanden, für diese eine Singularität deshalb anzunehmen, vielmehr bietet sie die passendste Gelegenheit zur Anwendung der Regel, dass, wenn eine Gegenleistung erst nach der Vorleistung zu geschehen braucht, und diese ganz oder theilweise unmöglich wird, jene nun auch ganz oder theilweise sich erledigt. Ganz natürlich liegt auch

überhaupt, und es kommt also gar nicht zu Stande[40]; zufällige Verschlechterung hingegen kommt dabei in keinen Betracht, wenn die Bedingung eintritt[41]. Bei auflösenden Bedingungen erlischt die Verpflichtung zur Gegenleistung nur, wenn dieselben eintreten, indem dann das Geschäft nicht bestanden hat[42]. Dem Fall der aufschiebenden Bedingungen steht der gleich, wenn der Gegenstand des Vertrags

hierbei allen gegenseitigen Verträgen, wonach die Vorleistung vor der Gegenleistung geschehen soll, der Gedanke zu Grunde, dass die erstere für die zweite die Voraussetzung sei, indem mittelst der hierher gehörigen Geschäfte ein gleichzeitiger Austausch der Leistungen in ihrem ganzen Umfang wie bei denen der ersten Art nicht möglich ist, also eine solche Möglichkeit, und zwar als regelmässige zu denkende, für die Frage von Tragung der Gefahr nicht normirend sein kann. Dass Verabredungen der am Schluss des Textsatzes enthaltenen Art an dem Vorherigen nichts ändern können, folgt daraus, weil sie dieses gar nicht bezwecken, sondern nur eine Modalität der Leistung festsetzen; ein Wechsel der Tragung der Gefahr müsste also in anderer bestimmter Form ausgesprochen sein. — Sonach erhalten wir also anstatt Regel und Ausnahme oder Modifikation für spezielle Obligationsarten (Gebrauchsüberlassung und Dienstleistung) eine Doppelregel, deren zweite Hälfte allerdings die letzteren begreift. Zu dieser gehört aber die Fortdauer des Anspruchs auf die Gegenleistung, wenn die Unmöglichkeit nicht auf Seiten des Schuldners der Vorleistung oder an dem Gegenstand derselben, sondern an deren Gläubiger in sofern liegt, als er sie nicht annehmen kann, wozu als legales Beispiel in fr. 19. §. 9. 10. *Locati* die Dienstmiethe beim Ableben des Dienstherrn (Miethers) genannt wird. Von diesem Zusatz wird dann wiederum in denselben Stellen die Ausnahme anerkannt, *si eodem anno mercedes ab alio accepisti.* Diese erkläre ich daraus, dass, wer so wie hier geschehen *operas* auf längere Dauer vermiethet (als *exceptor* und *comes*, vgl. Glück Komm. Bd. XVII. S. 415. [57] und IV. S. 370. [27]), damit vorzüglich bezweckt, seinen Unterhalt zu gewinnen, so dass, wenn er dazu anderwärts eine gleiche Gelegenheit findet, das unbillig scheinen mögte, den *locator* hier einen offenbaren und gar nicht beabsichtigten Gewinn machen zu lassen. Diese Eigenthümlichkeit der beiden Beispiele muss aber offenbar zu folgender Unterscheidung führen, welche ich gleichwohl bisher noch nirgends berücksichtigt finde. Allerdings wird zwar zu den *operis omne factum quod locari solet* gerechnet, also auch künstlerische Leistungen, fr. 5. pr. *Nautae caupon.* fr. 5. §. 2. *de Praescr. verb.* fr. 1. §. 4. 7. *de Extraord. cogn.*, so dass auch wissenschaftliche Arbeiten hierher gezogen werden müssen, soweit von solchen diese Anwendung gemacht wird, und hierin ist dann ein bestimmtes Kriterium anderen Leistungen *in faciendo* gegenüber enthalten, vergl. Nr. I. c. Allein die gedachte Ausnahme des fr. 19. §. 9. 10. *d.* kann nach m. E. nicht schlechthin auf sie Anwendung leiden, sondern nur in solchen wie den Beispielsfällen, d. h. wenn der *locator* sich auf längere Dauer dem *conductor* ganz und gar verdungen hat (*verb. eodem anno*, — und *residui temporis*), so dass dieser über die *operas* jeder Zeit und unausgesetzt, ähnlich wie über *res conductas* verfügen kann, nicht, wenn es sich um andere, also namentlich um einzelne bestimmte Dienste solcher Art handelt, welche die Existenz der Person des Gläubigers, oder einer gewissen Eigenschaft vermöge ihrer Natur voraussetzen, so dass vermöge der Auslegung des Vertrags für diesen stillschweigend als beabsichtigt angenommen werden muss, dass jene zur Zeit der Leistung noch fortdauere; widrigenfalls muss vielmehr wieder die Regel Platz ergreifen, dass die Gegenleistung von der Vorleistung abhänge, und die Unmöglichkeit der Annahme dem Gläubiger nicht zum Nachtheil gereiche; nur die Verpflichtung zum Ersatz wegen schon getroffener Anstalten zur letzteren kann dabei allerdings unbedenklich zugegeben werden. Aus diesen Gründen habe ich geglaubt, schon den Satz unter I. c, so wie geschehen, überhaupt fassen zu dürfen und zu müssen, und ingleichen den obigen Textsatz wie seine Beschränkung, („sobald" u. s. w.) d. i. die Rückkehr zur ersten Hälfte der Doppelregel, indem die *operae* mit der hier angenommenen Eigenschaft der *loc. cond. rei* hierin ganz gleichstehen.

[40] Fr. 8. pr. *de Periculo et comm.* fr. 10. §. 5. *de J. D.*

[41] Fr. 8. pr. *d.* Vergl. überhaupt §. 97. 1. 5, d.

[42] S. ebendas. Anm. [33] u. [39].

noch nicht existirt, sondern seine künftige Existenz selbst in Bedingung gestellt oder vorausgesetzt ist, (s. oben Bd. II. S. 23. a. a. E.) und dieses nicht zutrifft[43].

Mit den bisher erörterten Folgen der zufällig eingetretenen Unmöglichkeit einer obligatorischen Leistung trifft der Begriff der Tragung der Gefahr bei Obligationen zusammen[44]. Für den Gläubiger nämlich besteht diese darin, dass der Schuldner durch jene dergestalt befreit wird, dass er auch nicht einmal Ersatz zu leisten hat, und dass bei gegenseitigen Verträgen der Gläubiger seine Gegenleistung weder zurückfordern noch zurückbehalten kann; für den Schuldner aber darin, dass

43 Vergl. §. 83. bei und in Anm. 19.

44 C. 1. *de Commodato* (*fortunam futuri damni et pericul. amission.*). Die Frage, wer in Obligationen die Gefahr zu tragen habe, der Gläubiger oder der Schuldner, ist keine von dem bisherigen Thema verschiedene, sondern stellt dasselbe nur unter einen besonderen Gesichtspunkt, nämlich den, von welchem aus die Folgen der Aufhebung einer Obl. durch eingetretene Unmöglichkeit der Leistung auf das Vermögen der Betheiligten in Anwendung gebracht sind. Ich habe hierbei zuvor in Ansehung der Methode bei Behandlung dieses Gegenstands in vielen Lehrbb. zu bemerken, dass ich es für verwirrend halten muss, wenn diese Materie systematisch zerrissen wird, indem man den zufälligen Schaden einmal unter den Objekten der Obl., und dann die Unmöglichkeit als Aufhebungsgrund derselben vorträgt (s. z. B. Göschen §. 394. f. und §. 458. f. Wening §. 201. (29.) u. 256. (133.), s. dagegen — wenigstens wie es scheint — auch Fritz S. 138.); vergl. noch §. 86. 1. Was sodann den Begriff der Gefahr betrifft, so verweise ich deshalb auf die folgende Anm. Um nun die gedachte Frage zu beantworten, hat man sich gewöhnlich bestrebt, ein einziges Princip aufzustellen, indem man über die Möglichkeit dazu, (mit einigen Modifikationen für einzelne Vertragsarten) wie es scheint, gar nicht in Zweifel war; s. bes. Wächter im Archiv Bd. XV. S. 97. u. 115. Dieser selbst setzte dem Hauptgrundsatz der Aelteren: *casum sentit dominus*, oder *species perit ei cui debetur*, (über diesen s. S. 116 ff.) die beiden Grundsätze: *impossibilium nulla obligatio*, (fr. 185. *de R. J.*) und *casus a nemine praestantur*, (fr. 23. *eod.*) deren zweiter den ersten wesentlich ergänze, entgegen. Seinen Gründen gegen die Aelteren ist unbedenklich beizutreten; seiner eigenen Ansicht aber sind zwar die Meisten seitdem gefolgt, allein sie ist nicht ohne Widerspruch geblieben. Schon Hepp, die Zurechnung im Civilrecht u. s. w. S. 31 ff. behauptete dagegen, dass der erste seiner Sätze durch den zweiten erledigt werde. Fritz S. 438. Anm. vertheidigt zwar Wächter's Theorie mit der Hinweisung auf den Unterschied zwischen der ursprünglich schuldigen, durch Zufall unmöglich gewordenen Leistung auf der einen, und deren Ersatz in Gelde auf der anderen Seite; den letzteren betreffe die zweite Regel, den ersteren die erste. Allein die Richtigkeit dieser Entgegnung dahin gestellt, so ist anderweiter sehr begründeter Widerspruch darin erhoben worden, dass diese Regeln nicht nur negative seien, sondern, dass sie für den Hauptstreitfall der ganzen Materie, das Verpflichtetbleiben oder Befreitwerden bei Gegenleistungen, nicht ausreichen, s. Mühlenbruch §. 365. Anm. 5 z. A. Daher hat denn Madai Mora S. 276—84., gleichfalls dagegen protestirend, ein neues dahin lautendes Princip aufgerichtet, derjenige trage das *periculum*, dessen Obl. eine *perpetua* sei, — allein die nähere Bestimmung und Anwendung dieses letzteren Begriffs auf einzelne Obligationen ist eine *petitio principii* (ein Vorwurf, den er der Wächter'schen Theorie selbst macht), s. Schilling Recens. dieses Buchs in den Lpzgr. Krit. Jahrbb. Bd. III. S. 250. und auch Wolff Mora S. 131. Ich ziehe es daher mit Vangerow S. 216. vor, von der Aufstellung einer oder mehrerer solcher allgemeinen Regeln ganz abzusehen. Ich halte sie aber auch so wenig für nöthig, wie für möglich. Erwägt man, dass die Tragung der Gefahr nur die Kehrseite von der Wirkung der Unmöglichkeit der Leistungen ist, (weshalb denn wahrscheinlich jener Begriff zuweilen, z. B. von Puchta §. 302. ganz und gar nicht erwähnt wird), dass diese aber je nachdem die Obl. ein- oder gegenseitige sind, und [unter letzteren wiederum nach dem bei Anm. 38 und 39 befolgten Unterschied sehr verschieden ist, so wird die Unmöglichkeit eines gemeinsamen Princips, welches noch auf diesen Namen Anspruch hätte, ebenso sehr einleuchten, als von einem dogmatischen Bedürfniss nun gar nicht die Rede sein kann.

er unter solchen Umständen Ersatz leisten muss, oder bei gegenseitigen Verträgen, wenn er zwar befreit wird, doch auch seine Gegenforderung verliert[45]. Aus dem Vorherigen ergiebt sich zugleich, wann der Gläubiger und wann der Schuldner die Gefahr zu tragen habe; den ersteren nämlich trifft regelmässig die Gefahr immer, sobald sie nicht aus besonderen Gründen auf den Schuldner fällt. Diese sind, soweit es die Verpflichtung zum Ersatz betrifft: 1) ausdrückliche Verabredung, dass er die Gefahr übernehme[46]. Stillschweigend wird ein solcher Vertrag dann als eingegangen betrachtet, wenn Jemand anstatt der Zurückgabe der, vermöge eines Vertragsverhältnisses überkommenen, Sache des Anderen den veranschlagten Werth derselben gelobt[47]. 2) Verschuldung desselben, wodurch die Unmöglichkeit herbeigeführt worden ist[48], s. §. 101. II. 3) Eintritt der letzteren, nachdem der Schuld-

[45] Für die Bedeutung von *periculum* (über schwankenden Gebrauch dieses Ausdrucks s. Wächter S. 99 ff.) auch: *perit mihi res*, ist vor Allem festzuhalten, dass es sich hier nur um ein obligatorisches Tragen der Gefahr handelt. Es bedeutet daher nie den Verlust des Eigenthums für den Eigenthümer, wenn auch ein solcher damit zusammentrifft, und letzterer, obgleich er z. B. bei geschehenem Verkauf seine Gegenforderung behält, dennoch dadurch manchen Nachtheil — Mangel an einem Retentionsgegenstand, oder der Benutzung bis zur Uebergabe, u. s. w. — haben kann. S. hierüber vorzüglich Wächter S. 102 ff. Den im Text angegebenen Gebrauch und Sinn des Begriffs der Gefahr bestätigen z. B. folgende Quellenzeugnisse: 1) bei einseitigen Obl. a) für den Gläubiger: fr. 11. pr. *de R. C.* fr. 33. 37. *de V. O.* fr. 45. *de O. et A.* fr. 39. *de Solut.* b) für den Schuldner: fr. 4. pr. 9. §. 9. fr. 11. pr. *de R. C.* (s. dazu fr. 1. §. 4. *de O. et A.* fr. 12. §. 3. *Depos.* 2) bei gegenseitigen: a) für den Gläubiger: fr. 1. pr. *de Periculo etc. rei vend.* fr. 39. *de Solut.* b) für den Schuldner: fr. 35. §. 7. *de Contrah. emt.* fr. 1. pr. §. 1. fr. 4. pr. 8. pr. *de Periculo rei vend.* — S. ferner noch überhaupt die ganzen Titel *Dig.* und *Cod. de Periculo et comm. rei vend.* und Wächter S. 114.[31], aus welchen sich ebenfalls ergiebt, dass die Verschlechterung hier dem völligen Untergang rücksichtlich der Frage, wer darunter zu leiden habe, gleichstehe; s. z. B. gleich fr. 1. pr. *d.*

[46] Hiervon kommen viele Beispiele in den Quellen vor, s. nur: fr. 7. §. 15. *de Pactis*, fr. 5. §. 2. *Commodati*, fr. 1. §. 23. *Depos.* fr. 39. *Mandati* fr. 78. §. 3. *de Contrah. emt.* fr. 1. pr. 10. pr. *de Periculo rei vend.* fr. 9. §. 2. *Locati*, fr. 6. in f. *de Pactis dotal.* Es giebt eine eigene Literatur darüber, welche *casus* in diesem Fall zu vertreten seien, indem man *solitos*, *insolitos* und *insolitissimos* unterschied, was auf blosser Willkühr beruht. Im Zweifel ist hier die Verbindlichkeit im weitesten Umfang zu verstehen, s. Schömann vom Schadensers. Bd. II. S. 68.

[47] Fr. 5. §. 3. *Commodati*, fr. 24. §. ult. *Locati*, fr. 1. §. ult. *de Aestimat.* Ob in diesen Fällen die *res incorrupta* selbst alternativ zurückgegeben werden soll, hängt von der konkreten Natur des Kontrakts ab, s. die letzte Stelle; fr. 10. pr. 18. *de J. D.* c. 10. *ej. tit.* c. un. §. 9. in f. *de Rei uxor. act.* Es wird keinem Bedenken unterliegen, dass die Stelle des Gelds hier auch eine andere bestimmte Sache vertreten kann. — Nach §. 3. *I. de Emt. vend.* hat Gensler im Arch. Bd. I. Nr. 30. (und schon früher Schömann) den Satz aufgestellt, dass, wenn Jemand die *custodia* einer Sache ausdrücklich übernehme, für welche er ohnehin schon hafte, er für deren Abhandenkommen ohne weitere Rücksicht auf die Veranlassung verpflichtet sei, — während Hasse Culpa §. 98. darin nichts weiter als vertragsmässige Vertretung der *custodia* bis zur *traditio* findet. Mir scheint die Annahme der ersteren sehr gezwungen. Die praktische Bedeutung der Stelle ist, da wir keinen dergestalt technischen deutschen Begriff haben, dass er dem *custodire* völlig entspräche und in unserer Sprache gangbar wäre, nach m. E. offenbar nur die, dass, wenn besondere Beabredungen wegen Verwahrung und Bewachung zu leistender Sachen getroffen sind, und deren Inhalt zu Zweifeln Veranlassung giebt, die gewöhnlichen Regeln der Auslegung zur Anwendung kommen, nicht, dass eine bestimmte gesetzliche für gewisse Fälle anzunehmen sei. Auch fr. 35. §. 4. *de Contrah. emt.* kann ich schon nicht anders verstehen.

[48] Fr. 91. §. 3. 4. *de V. O.* s. ferner fr. 22. §. 3. *ad Sct. Trebell.* fr. 23. 35. pr. *de V. O.*, §. 2. *I. Quib. modis re*, fr. 36. §. 1. *de R. V.* fr. 5. §. 4. 7. fr. 18. pr. *Commodati*, fr. 11. §. 1. *Locati*, fr. 1. §. 4. *de O. et A.*

ner schon in Verzug gesetzt worden ist, s. §. 93. S. 192. und S. 202. 2). — Bei gegenseitigen Verträgen findet rücksichtlich der Gegenleistung, sei sie zu leisten oder falle sie weg, die Tragung der hierin für die Betheiligten beziehungsweise bestehenden Gefahr je nach der oben gelehrten Verschiedenheit des Verhältnisses derselben zur Vorleistung Statt.

Zu bemerken ist übrigens noch, dass, wenn dem Schuldner wider eine dritte Person, welche die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, Rechtsmittel wegen Schadensersatzes zustehen, derselbe vom Gläubiger zu deren Abtretung genöthigt werden kann [49].

Eine eigenthümliche Kombination der bisher vorgetragenen Grundsätze geschieht in Anwendung auf das Unmöglichwerden alternativer oder generischer Leistungen. Zwar steht hier, und zwar namentlich bei Sachleistungen, von welchen jedoch auch anderweite Analogien herzunehmen sind, fest, dass die Aufhebung der Obligation erst dann eintritt, wenn alle Leistungen unmöglich geworden sind, zwischen welchen, oder von der generischen Mehrheit gar nichts mehr übrig ist, aus welcher die Wahl freistand, so lange daher wenigstens noch eine möglich ist, ist dann die Obligation eine einfache geworden [50]. Allein auf diese Regel haben die beiden Momente wesentlichen Einfluss, je nachdem die Wahl dem Schuldner oder dem Gläubiger zusteht, und einer von beiden sich bei dem eingetretenen Ereigniss in einer zu vertretenden Schuld befindet. Hiernach sind folgende Fälle zu sondern: 1. hat der Schuldner die Wahl, so kann allerdings, wenn die eine Leistung zufällig unmöglich geworden, nun die andere übrige von ihm gefordert werden [51], allein er hat die Befugniss, anstatt deren den Werth der ersteren zu leisten [52]; nur

[49] §. 3. in f. *I. de Emt. vend.* fr. 35. §. 4. *de Contrah. emt.* fr. 31. pr. *de A. E.* fr. 14. pr. *de Furtis.*

[50] a. (Alternat. Ford.) fr. 2. §. 3. *De eo quod certo l.* fr. 34. §. 6. *de Contrah. emt.* fr. 16. *de V. O.* fr. 95. pr. *de Solut.* b. (Generische Ford.) fr. 30. §. 5. *ad Leg. Falcid.* Hierzu ist noch zu bemerken: 1) der im Text gedachten Analogie steht zwar ohnehin nichts entgegnen, sie findet aber in fr. 16. *d.* einen ausdrücklichen Anhaltspunkt. 2) Die besonderen Regeln von gegenseitigen Verträgen gelten hier natürlich ebenso, wie vorher erörtert worden, s. fr. 34. §. 6. *d.*, man kann also sagen, dass das eine auf Gefahr des Schuldners, das andere auf Gefahr des Gläubigers untergehe. Für welches, wenn beide gleichzeitig untergehen, die Gegenleistung geschuldet werde, hängt von der Wahl des Gläubigers derselben (des Schuldners der untergegangenen Sachen) ab. 3) Wenn nicht nur zwei, sondern mehr Gegenstände alternativ geschuldet werden, so ändert sich hierdurch an den obigen Regeln nichts, sondern es findet natürlich zwischen den übrigen die Wahl so lange Statt, als sie überhaupt möglich ist; es gilt m. a. W. dann immer rücksichtlich der mehreren übrigen und beziehungsweise der mehreren vernichteten in Vergleich zu dem oder den übrigen das Nämliche, was oben stets unter Voraussetzung der Existenz oder der Vernichtung nur eines gesagt worden ist. — Die Literatur dieser Lehre s. bei Zimmern im Archiv Bd. I. S. 313. [1], wozu dieser selbst.

[51] S. die beiden ersten Stellen der Anm. [50] und fr. 95. §. 1. (init.) *de Solut.* Dem Untergang durch Zufall steht auch der Fall gleich, wenn die eine der alternativ geschuldeten Sachen vor der Entscheidung durch die Wahl Eigenthum des Gläubigers auf andere Weise geworden ist, fr. 16. *d.* s. *Sell concurs. duar. lucr. causs.* S. 174. Vangerow S. 22.

[52] Fr. 47. §. 3. *de Leg.* I.; über die Auslegung dieser Stelle ist viel Streit, und nicht zu leugnen, dass die Worte: *fortassis vel mortui pretium*, einigermaassen misslich sind, indessen scheinen doch auch mir Zimmern's Gründe (a. a. O. S. 311 ff.) stark genug, diese Befugniss als eine allgemeine anzuerkennen; der gewichtigste für mich ist der aus fr. 95. §. 1. *de Solut.* hergenommene, dass, wenn dieselbe Befugniss im Fall Statt gefundener kulposer Vernichtung des einen Gegenstands für den Schuldner begründet sei, sobald nur derselbe keinen geringeren Werth habe, sie auch dann ihm nicht abgesprochen werden könne, wenn er nicht einmal in Schuld ist, was denn auch hier den Weg-

wenn die Unmöglichkeit durch seine Schuld oder, was dieser gleichsteht, während seines Verzugs eingetreten ist [53], fällt diese Befugniss weg, es sei denn, dass der Werth der untergegangenen Sache der übrig gebliebenen gleich ist [54]. Wenn nun die Gegenstände, welche hätten geleistet werden können, sämmtlich nicht durch blossen Zufall zu Grunde gegangen sind, sondern a) mittelst einer Betheiligung des Schuldners, so sind wieder folgende drei Fälle möglich: 1) es ist zuerst der eine Gegenstand unter solchen, wie den gedachten Umständen untergegangen, und dann der andere durch Zufall [55]; hier ist eine Entschädigungsklage begründet, aber nur auf den Werth des geringeren Gegenstands. 2) Im umgekehrten Fall kann der Werth des nicht zufällig untergegangenen Gegenstands allerdings gefordert, aber wiederum der des zufällig untergegangenen dafür angeboten werden [56]. 3) Ist der Untergang beider durch Schuld des Schuldners, und zwar zu verschiedenen Zeiten veranlasst worden, so hat der Schuldner ohne Unterschied den Werth des zuletzt untergegangenen zu ersetzen [57], wenn gleichzeitig, so hat er zwischen ihnen die Wahl [58]. b) Ist der Gläubiger in einer Schuld mit Folgen dieser Art, so besteht, wenn dadurch nur der eine Gegenstand untergegangen, die Obligation nun nur auf den anderen fort, während der Schuldner für den ersteren nach allgemeinen Grund-

fall dieser Beschränkung rechtfertigt. Vergl. auch Vangerow S. 22. Letzterem trete ich auch in der Anordnung der Uebersicht des Folgenden bei, Zimmern subdividirt mehr, wie nöthig ist.

[53] Denn dadurch geht die Gefahr auf den des Verzugs Schuldigen über. Wenn nach fr. 105. *de V. O.* Befreiung auch bei der Fortexistenz eines von zwei alternativ geschuldeten Gegenständen dann angenommen wird, wenn der Gläubiger den anderen vom Schuldner (wie diesem freistand) angebotenen anzunehmen in Verzug ist, und nun dieser allein untergegangen ist, so hat das seinen Grund darin, dass die Obl. nach erklärter Wahl aufgehört hat, eine alternative zu sein. Hat der Gläubiger die Wahl, so würde, um ihn in Verzug zu setzen, beides offerirt werden müssen; dass nun, wenn er nicht wählt, beide Gegenstände solchergestalt auf seine Gefahr stehen, dass, wenn nur einer untergehe, die ganze Obl. erloschen sei, lässt sich nicht behaupten, sondern sie wird nur zur *simplex*. Deshalb gilt denn die obige Bemerkung über den Verzug vom Schuldner allein. (Vergl. noch §. 93. bei und in Anm. 16 und 47 3,.)

[54] Fr. 95. §. 1. *de Solut.* s. hierzu Zimmern a. a. O. S. 316. f. und Vangerow S. 23. bes. gegen Thibaut in Brauns Erörterung, S. 111.

[55] Eigentlich müsste die Obl. als völlig erloschen angesehen werden, da jede Leistung nun unmöglich geworden ist, die vorangegangene *culpa* in Betreff der einen aber dem Schuldner darum nicht zum Vorwurf gereicht, weil damals noch der nachher erst durch Zufall untergegangene Gegenstand übrig war. Indessen ist, weil doch nun die Obl. durch die Schuld mit als vereitelt erscheint, (*quoniam impunita non debent esse admissa*) eine *a. doli* für *neg. stricti juris* anerkannt, fr. 95. §. 1. *de Solut.* und für *bon. fid. neg.* also die Kontraktsklage begründet, s. Zimmern S. 318. Vangerow S. 23.; dagegen ist zwischen diesen beiden hier in sofern Meinungsverschiedenheit, als der erstere glaubt, dass der Werth des kulpos vernichteten Gegenstands nun allein, der letztere hingegen, dass immer nur der Werth des geringeren gefordert werden könne, weil auch durch das zufällig untergegangene immer nur dessen *aestimatio* dem Gläubiger entzogen sei, und diese immer wegen der dem Schuldner zustehenden *facultas alternativa* dem Gläubiger hätte aufgenöthigt werden können, auch wenn die werthvollere Sache noch vorhanden sei. Diese Konsequenz halte ich für richtig.

[56] Dieser Schluss beruht auf demselben wie dem in den Schlussworten der vorigen Anm. gedachten Grunde. S. Zimmern S. 319.

[57] Die Frage, ob sich der Schuldner hier durch Leistung des Werths des zuerst vernichteten Gegenstands befreien könne, ist darum irrelevant, weil diese Befugniss hier wieder den bei Anm. 54 erwähnten Umstand voraussetzt; indessen kann unter dieser Voraussetzung der Wahl nichts entgegenstehen, vergl. Vangerow S. 24. C.

[58] Denn es fehlt an einem Grunde, diese auszuschliessen.

sätzen Schadensersatz fordern kann[59]; doch steht dem Schuldner die Wahl frei, dem Gläubiger diese Schadensforderung anzurechnen, soweit sie den blossen Sachwerth umfast. Sind aber beide Gegenstände nicht zufällig untergegangen, so sind wieder die unter a) gedachten drei Fälle möglich, in deren erstem wie zweitem, die Schuld auf Seiten des Gläubigers gedacht, vollständige Befreiung des Schuldners eintritt, so dass er im ersten sogar für den kulpos zuerst vernichteten vom Gläubiger Ersatz fordern kann, im zweiten nur soweit, als sein Interesse den blossen Werth des vernichteten Gegenstands, welcher nunmehr dem Gläubiger allein geschuldet wurde, übersteigt[60]; im dritten endlich ist bei verschiedenzeitig geschehener Vernichtung für den Schuldner rücksichtlich des zuerst vernichteten Anspruch auf vollständigen Schadensersatz begründet, rücksichtlich des später vernichteten ist es ebenso, wie im zweiten Fall; bei gleichzeitig geschehener Vernichtung ist eine volle Schadensforderung für beide Gegenstände begründet, wovon dann der Werth für den geringeren zum Besten des Gläubigers in Abzug kommt[61]. 2. Hat hingegen der Gläubiger die Wahl, so steht ihm, wenn der eine Gegenstand zufällig untergegangen und der andere übrig ist, nur dessen, nicht analog wie vorher unter I. z. A., die Forderung des Werths des untergegangenen zu. Ist aber a) jener durch Schuld des Schuldners untergegangen, so hat der Gläubiger zwischen dessen Werth und dem anderen, und wenn beide, zwischen den Forderungen des Werths beider die Wahl; wenn der andere aber durch Zufall untergegangen, so kann nur der Werth des durch Schuld vernichteten gefordert werden[62]. b) Ist durch Schuld des Gläubigers der eine Gegenstand vernichtet, und der andere übrig, so hat er für jenen wie gewöhnlich Ersatz zu leisten, und kann nur den übrigen fordern[63]. Sind aber unter einer solchen Betheiligung desselben, oder unter Hinzutritt des Zufalls für den einen, beide Gegenstände untergegangen, so sind wieder die unter 1. a) gedachten drei Gestaltungen von Fällen möglich; in denen der ersten Art hat der Gläubiger wegen des zuerst vernichteten den Schaden zu ersetzen, und ausserdem erledigt sich die ganze Obligation[64], in denen der zweiten tritt einfach der letztere Erfolg ein, doch kann auch das den blossen Sachwerth übersteigende Interesse von ihm gefordert werden[65]; in denen der dritten endlich haftet, wenn die Vernichtung zu verschiedenen Zeiten geschehen, der Gläubiger für den Ersatz des zuerst vernichteten, für den anderen aber, welcher nun wie ihm geleistet betrachtet wird, nur auf das

[59] Fr. 55. *ad Leg. Aquil.* Vergl. hierzu Zimmern S. 320 ff. und Vangerow S. 24. Dass die Forderung auf das Interesse, auch wenn der blosse Sachwerth vom Schuldner durch Aufrechnung gewählt wird, stehen bleibt, soweit es diesen übersteigt, beruht auf denselben Gründen wie die Schlussworte der folgenden Anmerkung.

[60] Auch diese Sätze beruhen auf fr. 55. *d.*, für den ersten kommt in Betracht, dass auf die einmal begründete volle Entschädigungspflicht der zufällige Untergang des anderen Objekts, womit die Obl. nun völlig unmöglich wird, keinen Einfluss haben kann; für den zweiten, dass durch den eingetretenen *casus* sich die Obl. in das übrige Objekt wie in eine *simplex* zurückzieht, so dass, wenn der Gläubiger nun noch dieses vernichtet, er seine *res debita* zerstört, ein Schadensersatz also nur in sofern geschuldet werden kann, als das Interesse den Werth des Gegenstands übersteigt. Vergl. Vangerow S. 25. f. bes. über die Schlussworte des fr. 55. *d.*

[61] Vergl. Zimmern S. 329. 333. und Vangerow S. 27.

[62] Grund hierfür ist überall, dass der Schuldner den Gläubiger nicht in eine nachtheiligere Lage bringen kann.

[63] Vergl. Vangerow S. 28. f. auch gegen andere von ihm mit Recht bestrittene Ansichten.

[64] Vergl. dens. S. 29. ebenfalls wider die Ansichten Anderer.

[65] Vergl. dens. S. 30 B.

den Werth selbst übersteigende Interesse; wenn gleichzeitig, so haftet er für den Ersatz des minder werthvollen Gegenstands[66].

Die übrigen hier nicht ausdrücklich berührten Möglichkeiten und Kombinationen sind alle nach Analogie der bisherigen zu entscheiden[67].

F. Es ist möglich, dass das privatrechtliche Interesse einer Handlung für den Gläubiger, welches sie erst befähigt, Inhalt einer Obligation zu werden (s. §. 83. 1)), späterhin erlischt, wodurch dann die letztere selbst untergeht[68]. Gewissermaassen in der Mitte zwischen diesem und dem Grunde der vorigen Zahl steht der, wenn eine nothwendige Voraussetzung wegfällt, auf welche eine Obligation ihrem Zweck nach berechnet und unter welcher allein ihre Geltendmachung denkbar ist[69].

G. Soweit Verträge durch Uebereinstimmung allein schon zu Stande kommen, also mit geringen Ausnahmen die meisten (s. §. 96. Nr. 3.), können die daraus entstehenden Obligationen, sobald der Beabredung noch von keiner Seite her die Leistung gefolgt ist, auch durch die einfache Uebereinkunft des Inhalts, dass man davon wieder abgehen wolle (*contrarius consensus s. voluntas*), vollständig aufgehoben werden[70]. Eine solche kann auch darin sich kund geben, wenn ein anderweiter, sei es auch ein gleichartiger, Vertrag abgeschlossen wird, neben welchem der frühere wegen rechtlich nothwendigen Widerspruchs mit ihm nicht bestehen kann, mithin seine Aufhebung beabsichtigt sein muss[71]. Ist zur thatsächlichen Vollziehung des Vertrags, dessen Wiederaufhebung beabsichtigt wird, bereits geschritten, also die Leistung ganz oder theilweise, oder bei gegenseitigen Verträgen von beiden Seiten her schon geschehen, so ist die Wiederaufhebung des Vertrags und die Wiederherstellung freilich nicht minder möglich, indem nur das Gegebene zurückzugeben ist, allein in der Uebereinkunft dazu liegt, da etwas Geschehenes nicht ungeschehen gemacht werden kann, ein neuer für sich bestehender Vertrag, welcher zugleich die Forderung aus dem früheren erlässt, und die Rückforderung des Gegebenen begründet[72]. — In der überall hier vorausgesetzten neuen Ueber-

[66] Vergl. das. C.

[67] Vergl. darüber Zimmern a. E. seiner Abhandl.

[68] Fr. 97. §. 1. (fr. 136. §. 1.) *de V. O.* fr. 8. §. 6. *Mandati* fr. 32. *Locati.* (fr. 11. *de Servit.*) Die zweite und letzte Stelle lassen sich auch unter andere Gesichtspunkte bringen.

[69] Z.B. es geht die Sache unter, deren wegen Jemand *pro evictione* haftet, und etwa auch ein Pf.-R. bestellt hat, fr. 21. pr. *de Evict.* c. 28. *eod.* oder sonstiges Unmöglichwerden der Entwährung selbst, s. fr. 76. *eod.* c. 19. *eod.*

[70] Fr. 35. *de R. J.* §. ult. *I. Quib. mod. obl. toll.* fr. 7. §. 6. fr. 58. init. *de Pactis*, fr. 2. 3. 5. §. 1. *de Rescind. vend.* fr. 80. 95. §. ult. *de Solut.* c. 1. 2. *Quando liceat ab emt.* Die Auflösung ist hier als *ipso jure* geschehen zu betrachten, denn es liegt in der Willenseinigung kein Vertrag über ein neues Recht, sondern sie bezweckt unmittelbar, dass die Obligation nicht mehr existiren solle.

[71] Vergl. hierüber Sintenis in d. Zeitschrift Bd. IX. S. 148 ff. Ein Beispiel, wo ein gleichartiger Vertrag, Kauf, einen früheren aufhebt, s. in fr. 2. *de Rescind. vend.* Die Verschiedenheiten zwischen einer derartigen Aufhebung einer Obl., der Novation, soweit diese hier Vergleichspunkte darbietet, und der Schuldverwandlung sind kürzlich und im Wesentlichsten diese: 1) bei den beiden letzteren kommt *transfusio* und *translatio prioris debiti in secundam obl.* vor, welche der ersten ganz fremd ist, und in ihr gar nicht beabsichtigt sein kann; s. bes. Sintenis a. a. O. S. 150 ff. 2) Während bei denselben das Bestehen einer früheren für die spätere Obl. etwas durchaus Wesentliches ist, ist jene bei der ersten für den neueren Vertrag ganz gleichgültig und zufällig; dieser besteht durchaus für sich. 3) Der *contrar. consens.* kann sich nur *re integra*, *re nondum secuta* äussern, jene nicht nur nachher, sondern sie setzen das auch in der Regel als geschehen voraus. — Vergl. noch §. 105. Anm. 25.

[72] Fr. 58. *de Pactis.* Diese Stelle unterscheidet, zum Theil mit Rücksicht auf die Eigenthümlichkeit römischer *pacta*, folgende besondere Fälle: „1) aus einem Kauf hat der Verkäufer bereits tradirt; man kommt überein,

einstimmung der beiden Betheiligten ist schon stillschweigend verneint, was sich übrigens ohnehin von selbst versteht, dass einseitige Willensänderung den Rücktritt von einer Obligation nicht motiviren, oder m. a. W., dass Einer ein bestehendes Obligationsverhältniss nicht aufkündigen kann [73]; die etwanige Veränderung der Umstände, welche zu dessen Eingehung bestimmt haben, ist dabei ganz gleichgültig [74]. Allerdings jedoch kann die Befugniss zu einem einseitigen Rücktritt sowohl vertragsmässig unter mannigfaltigen Formen dem einen von beiden Kontrahenten eingeräumt sein [75], als auch gesetzlich unter gewissen Voraussetzungen [76], als endlich vermöge der Natur gewisser Vertragsarten sich von selbst verstehen [77]. Ob aber der Rücktritt mit vollständig rückwirkend auflösendem Erfolg Statt finde, oder nur das fernere Bestehen und die fernere Wirksamkeit des Verhältnisses betreffe, so dass die schon eingetretenen Wirkungen fortdauern, das hängt in der ersten Klasse von Fällen von der nothwendig vorauszusetzenden Bestimmung darüber ab, in denen der zweiten Klasse ist dies zugleich bei den einzelnen bestimmt, oder es folgt aus zusammentreffenden allgemeinen Grundsätzen [78]; in denen der dritten aber kann immer nur eine Abschneidung der Wirksamkeit für die Zukunft mit Aufrechterhaltung der bisherigen Wirkungen gemeint sein. Nicht mit der letzten Art zu verwechseln sind diejenigen Obligationen, welche zwar auch ihrer Natur nach nur einen Zeitraum über dauern und bestehen sollen, wenn dieser von Anfang herein nicht fest begrenzt worden, sondern der Eintritt desselben von der Erklärung eines der Betheiligten entweder ohne Weiteres von selbst, oder nach einer ausdrücklichen Bestimmung darüber abhängt (vergl. §. 31. Bd. I. S. 284 f.), d. i. von einer Auf-

dass dieses zurückgegeben, und der Kauf als nicht geschlossen betrachtet werden, der Käufer also auch nichts schuldig sein solle; sobald jenes geschehen, *pretium debere desines.* Denn es ist in der Wirkung einerlei, *an integris omnibus*, oder *in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitissem, a negotio discederetur.* 2) *Illud plane conventione, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu, quod jam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris, quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negot. discedamus, quam ut novae quaedam inter nos oblig. constituantur.*" Dieser zweite Punkt ist es, von welchem vermöge der Klagbarkeit der Verträge jetzt das Gegentheil gilt. S. ferner fr. 2. *in fine de Rescind. vend.* c. 1. 2. *Quando liceat ab emt.* (Von den letzten Worten dieser zweiten Konst. gilt wieder das so eben Gesagte).

[73] C. 5. *de O. et A.* (vgl. auch §. 90. z. A. und c. 6. *de Resc. vend.* c. 12. in f. *de Contrah. emt.*)

[74] Bei den Aelteren findet man nicht selten einer sog. *clausula rebus sic stantibus*, als sich stillschweigend von selbst verstehend, grossen Einfluss beigelegt, s. dagegen schon Glück Komm. Bd. IV. S. 309. [71]. Die Quellenzeugnisse, auf welche man sich dabei gestützt hat, enthalten Bestimmungen, welche theils unter andere Gesichtspunkte treten, s. bes. §. 24. S. 218 f., (vergl. auch oben Zus. zu Anm. [30]) namentlich auch unter einen der nachher folgenden, theils vereinzelt stehen (z. B. fr. 38. pr. *de Solut.*), ohne dass im Geringsten die Existenz und Wirksamkeit einer solchen Klausel zugegeben werden, und, wenn sie ausdrücklich aufgestellt worden, jene immer nur von der Auslegung im Einzelfall abhängen kann, vgl. Unterholzner a. a. O. S. 506. [b]).

[75] S. z. B. §. 101. I. 1)—3). Es kann auch ohne Zweifel ein Kontrahent dem anderen den Rücktritt letztwillig gestatten.

[76] Hier giebt es mannigfaltige, aber ganz vereinzelt stehende, aus keinem gemeinsamen Princip fliessende Beispiele, so namentlich: 1) c. 3. *Locati.* 2) c. 8. *de Revocand. donation.* 3) *Laesio enormis* oder redhibitorische Fehler beim Kauf u. s. w. 4) S. §. 93. bei und in Anm. [9]—[12].

[77] Dies kommt namentlich vor bei der *societas*, und dem *mandatum*. Auch die Aufhebung der *communio* lässt sich hierher rechnen.

[78] Hier findet in der Regel Rückwirkung Statt, — wenn auch keine vollständig durchgreifende — indem es bei diesen nicht wie bei denen der dritten Klasse auf mehrfache und abwechselnde Leistungen ankommt, sondern nur auf eine einzige, ohne diese zurückzugeben aber eine Auflösung nichtssagend sein würde.

kündigung. Diese nämlich ist in den hierher gehörigen Fällen die Aeusserung des Verlangens der Erfüllung, während derselbe Begriff auf die ersteren angewendet die Erklärung begreift, dass die Obligation von nun an aufhöre [79].

H. Es beruht endlich in der Natur der Obligationen, dass, wenn eine von der anderen dergestalt abhängt, dass sie ohne dieselbe nicht bestehen kann, sie mit dieser erlöschen muss, das trifft in Ansehung der accessorischen im Verhältniss zu den principalen zu [80]. Wenn jedoch der accessorisch Verpflichtete den Untergang der Hauptobligation durch eine schuldvolle Handlung herbeigeführt hat, so bleibt er allein verpflichtet [81]. Auch lebt die accessorische Obligation, wenn die Hauptobligation wieder hergestellt wird, nicht wieder auf [82], es sei denn, dass dies durch eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand geschieht [83].

§. 107.

II. Gründe anderer Art.

Die Zahl aller dieser Gründe ist sehr mannigfaltig. Nach der §. 103. z. A. enthaltenen Bemerkung fallen jedoch in diesem Kapitel zuvörderst die einem weiteren Kreis der Wirksamkeit angehörigen, sowie die in anderem Zusammenhang schon vorgetragenen weg; demnächst giebt es eine andere, nur rücksichtlich gewisser Obligationen mögliche Zahl von Gründen rein positiver Art, welche ebenfalls besser diesem Zusammenhang überlassen werden [1]. Sonach bleiben hier nur folgende übrig.

A. Der Erlass der Schuld von Seiten des Gläubigers [2]. Dieser ist die Gestalt,

[79] Es ist hierbei einerlei, ob einem oder beiden Betheiligten die Kündigung vorbehalten worden und ob mit oder ohne Bestimmung einer Frist. Wunderbare Meinungen über den ersteren Fall s. bei Glück Komm. Bd. XII. S. 95 f. Wäre sie nur Einem vorbehalten, so ist sie damit dem anderen nicht entzogen; dagegen aber gilt wider ihn nicht eine längere Frist, als für den anderen bestimmt worden, sondern er ist an gar keine gebunden. Was die von dems. berichtete angeblich gemeine Meinung betrifft, dass die Kündigungsfrist nicht vom Tag der Kündigung an laufe, sondern erst von Endigung des Jahrs (welches?), die also richtig verstanden wohl darauf hinaus käme, dass immer erst nach Ablauf eines Jahrs gekündigt werden könne, so ist auch diese, wie überhaupt Alles, was dort gesagt ist, durch und durch unrichtig, übrigens auch die Eigenschaft jener Meinung mit gutem Recht zu bestreiten. Die Annahme, dass die Kündigung vor einem gewissen Zeitpunkt nicht wirksam sein solle, muss einen besonderen Grund in dem Inhalt des Vertrags finden, ohnedies ist jede aprioristische ganz willkührlich. — Die Frage, ob sich Jemand der Kündigung in solchen Fällen gänzlich begeben könne, würde unter Rücksicht darauf zu beantworten sein, ob damit nicht das ganze Geschäft einen anderen Charakter annehme, etwa den der Schenkung; oder des Verzichts von einer Seite; widrigen Falls ist die Frage zu verneinen, indem damit der Natur der Obligationsverhältnisse zu nahe getreten würde.

[80] Fr. 43. *de Solut.* fr. 7. pr. §. 1. (fr. 19.) *de Except.* pr. *I. Quib. mod. obl. toll.* fr. 34. §. 3. fr. 95. §. 12. *de Solut.* fr. 4. *de Compens.* c. 4. *de Fidejuss.* s. noch §. 87. Anm. [2] und bei Anm. [14] u. [16] u. §. 81. I.

[81] Fr. 88. *de V. O.* fr. 32. §. ult. *de Usur.*

[82] Fr. 62. *de Pactis.*

[83] Fr. 10. §. 1. *Quod metus caussa*, fr. 27. §. 2. *de Minor.*

[1] So z. B. der Verlust des gesammten Vermögens bei der Societät und dem Kompromiss.

[2] Nach R. R. giebt es (der *imaginaria solutio per aes et libram* zu geschweigen) hier 1) die Acceptilatio, als umgekehrtes Stipulationsgeschäft. Bei dieser war die Annahme als empfangen (*habesne acceptum? habeo*), das Charakteristische, und daher galt sie als Zahlung (*ipso jure*). Vergl. *Gaius* III. §. 169. §. 1. *I. Quib. mod. obl. toll.* fr. 1. 5. 16. pr. *de Acceptil.* fr. 13. §. 7. 12. fr. 16. pr. *eod.* Dieselbe, nur auf Stipulationen berechnet, wurde bekanntlich mittelst vorgängiger Novation ein allgemeines Mittel

in welcher der Verzicht im Obligationenrecht erscheint[3]; er erfordert das Wesentliche des Vertrags zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, eine einseitige Erklärung desselben ist unwirksam, sobald sie nicht andererseits angenommen worden ist[4]. Daher finden die allgemeinen Regeln von dem Zustandekommen und von der Gültigkeit der Verträge auch Anwendung auf den Schulderlass[5]. Im Besonderen ist daneben ausdrücklich zu bemerken, dass 1) in sofern darin auf Seiten des Gläubigers eine Entäusserung eines Rechts liegt, er in gleicher Weise dazu persönlich befähigt sein muss[6], wie zur Annahme einer Zahlung, s. §. 107. I. 1. 3). Ferner kommt nicht nur dem Bürgen ein solcher vom Hauptschuldner für sich[7], sondern wegen Betheiligung des eigenen Interesses auch ein von diesem unmittelbar für jenen[8], und, wegen der Identität des Objekts der Obligation, auch ein jenes

zur Aufhebung der Oblig. (*Aquiliana stipul.*) 2) Das *pactum de non petendo*, welches auf alle Obl. anwendbar war, aber seiner Natur nach, dass die zuständige Forderung nicht geltend gemacht werden solle, nur eine *exceptio* gegen diesen Versuch begründete, §. 3. *I. de Except.* (s. jedoch fr. 17. §. 1. *de Pactis*, vergl. §. 32. [12] 4,) und wobei es denn einmal darauf ankam, ob jenes als *temporale* abgeschlossen, d. h. nur auf eine bestimmte Zeit berechnet war, oder nicht, so dass mit Rücksicht hierauf die *exc.* eine *dilatoria* oder *peremtoria* war, — sodann ob es *in rem* oder *in personam* eingegangen ist, s. darüber §. 97. IV. Uebrigens kommt es auch bei Verzichtleistungen auf *in rem actiones* vor. — Da nun die Acceptilation sowenig wie die Stipul. bei uns praktisch ist, so ist in Bezug auf deren Verschiedenheit vom *pactum de non pet.* die schon §. 89. Anm. [71] erwähnte und beantwortete Frage entstanden. Wir haben danach in unserem Recht allerdings nur eine einzige Art liberatorischer Verträge, aber mit verschiedener Tendenz, s. nachher im Text, so dass der Zweck der völligen Aufhebung einer Forderung dadurch allerdings ebenso erreicht werden kann, wie im R. R. durch Acceptilation. Hiernach ist also der doktrinelle Begriff des Erlasses oder Nachlasses an sich nicht völlig bestimmt, sondern erst in concreto aus den Umständen erkennbar. Mit dieser Anschauung stimmen überein Girtanner Bürgsch. S. 480 ff. Arndts Pand. §. 267. Scheurl Beitr. Bd. II. S. 24. O. Bähr Anerkennung S. 164. und wenn Vangerow S. 396. (6. Ausg.) dem in sofern widerspricht, als es zwar jetzt nicht Erlassverträge der Art gebe, sondern nur der *contrarius consensus* allerdings die *acceptilatio* ziemlich genügend ersetze, in sofern er eine auf das Nichtmehrdasein einer Obl. gerichtete Willenseinigung enthalte, so leugnet er m. E. etwas wirklich im heutigen Rechtsleben Existirendes. Ein Uebereinkommen der Art enthält ja auch etwas Positives, der *contrarius consensus* nur etwas Negatives. Besser ist es allerdings, in Geschäften den Ausdruck: „Erlassen" zu vermeiden, wenn man nicht blos ein *pactum de non pet.* eingehen will, wofür „Erlassvertrag" der gebräuchliche Ausdruck geworden ist. S. nachher im Text. Allerdings aber sind die im Text folgenden allgemeinen Grundsätze für alle Verträge dieser Art, sei ihre Tendenz, welche da wolle, gültig; die dem Titel *de acceptil.* angehörigen Stellen können jedoch, soweit sich darin nur allgemeine Grundsätze von Verträgen und nicht jener eigenthümliche (s. nur z. B. fr. 4. *h. t.*) aussprechen, ebenso wie die von den Stipulationen handelnden (s. §. 96. Anm. [3] a. E. unter Nr. 1.) benutzt werden. Denn s. fr. 8. pr. 23. *de Acceptilat.*

[3] S. §. 25. B. 1.

[4] Fr. 91. init. *de Solut.* vergl. fr. 1. *de Rescind. vend.* (Eine Ausnahme hat man zuweilen in fr. 26. *de Probat.* finden wollen, s. dagegen Krug Kompens. S. 269.) Die Art der Aeusserung kann sehr verschieden sein, die Annahme kann z. B. buchstäblich durch die einer überreichten oder übersendeten Urkunde, namentlich die der Quittung geschehen, oder auch in der Bitte um Erlass vorangehen.

[5] S. überh. fr. 7. §. 7. fr. 27. §. 3. 4. fr. 28. pr. *de Pactis;* so denn namentlich auch die rücksichtlich der Willensbestimmung, s. fr. 6. *de Acceptil.* fr. 51. *de Pactis* (Irrthum), fr. 7. §. 7. *eod.* (*dolus*) §. 9. — 11. *eod.* fr. 21. §. 4. *Quod metus caussa* (*vis*). Ferner wenn der Vertrag bedingt oder unter einer sich von selbst verstehenden Voraussetzung, fr. 43. pr. und §. 1. *de J. D.* und wenn er *sub die* eingegangen worden ist.

[6] Fr. 28. pr. *de Pactis.*

[7] Fr. 32. *eod.*

[8] Fr. 27. §. 1. *eod.* Wenn der Bürge *donandi*

selbst, und nicht blos seine persönliche Befreiung betreffender vom Bürgen abgeschlossener Vertrag dem Hauptschuldner zu Statten [9]. 2) Wie bei anderen kann auch bei diesem Vertrag die Willenserklärung stillschweigend geschehen [10]; im Besonderen wird dies dann angenommen, wenn der Gläubiger dem Schuldner zur Veräusserung des ihm geschuldeten Gegenstands seine Einwilligung ertheilt [11], wenn eine Rechnungsablegung als richtig anerkannt worden [12], und wenn er demselben den über die Schuld lautenden Schein zurückgegeben hat [13]. 3) Dem Vertrag muss, wie jedem anderen, eine *caussa* zu Grunde liegen [14]; diese kann hier nur entweder in einer beabsichtigten Schenkung [15] bestehen, oder in irgend einer Befriedigung [16]; in der Mitte zwischen beiden steht das Entsagen bestrittener Forderungen, also der Vergleich [17]. Allerdings ist, wenn der Grund dazu in einer Befriedigung beruht, diese selbst der eigentliche Aufhebungsgrund der Forderung, und der ihr nachfolgende Vertrag, sei er Quittung oder Entsagung, oder beides zusammen, nur noch eine ausdrückliche Anerkennung der auch ohnedies eintretenden rechtlichen Wirksamkeit.

Die Wirksamkeit eines solchen, wie des bisher vorausgesetzten Vertrags hängt nun aber, da der Begriff des Erlasses kein rechtlich bestimmt ausgebildeter ist, davon ab, ob eine vollständige Aufhebung und Vernichtung des Obligationsverhältnisses durch die Erklärung der Annahme der Schuld als empfangen beabsichtigt und ausgesprochen, oder ob nur ein Vertrag, die Forderung nicht geltend zu machen, und zwar dieser wieder entweder mit oder ohne weitere Beschränkung seiner Wirksamkeit auf die Person der Kontrahenten, eingegangen worden ist [18]. Dies ist zwar Sache der Auslegung der Verträge in den Einzelfällen, indessen kann die Annahme der erstgedachten vollständigen Wirkung dann keinem Zweifel unterliegen, wenn die *caussa* des Erlasses in einer Befriedigung besteht [19]. Diese Wirkung kann auch

animo intercedirt hat, so würde der Grund — *ipsi, qui pactus est, consuli* — wegfallen.

9 Fr. 24. *eod.* ich erkläre dies wenigstens hieraus.

10 Fr. 2. *eod.* Die Umstände müssen hier das Weitere ergeben. Nur diese, nicht schlechthin und allein die unterlassene Benutzung zur Kompensation, sind nach m. A. in fr. 26. *de Probat.* entscheidend; vgl. auch Glück Komm. Bd. XV. S. 112. Vgl. noch §. 87. bei und in Anm. [17] u. [18].

11 Fr. 120. §. 1. *de Leg. I.*

12 Dieser Satz beruht einmal auf der nothwendigen Auslegung einer solchen Handlung, und dann auf dem *arg. e contr.* des fr. 13. §. 1. *de Divers. temporal.*, wo für städtische Beamte etwas Abweichendes verordnet ist. *Error calculi* gehört nicht hierher, sondern es kann jeder Zeit dagegen Remedur gesucht werden, *c. un. de Errore calculi*, vergl. fr. 8. *de Admin. rer. ad civit.*

13 Fr. 2. §. 1. *de Pactis*, nicht, wenn das Pfand, fr. 3. *eod.* Ungenauigkeit in Benutzung der ersten Stelle hat mit die Meinung veranlasst, dass schon der Besitz des Schuldscheins eine Vermuthung für die Zahlung sei, s. §. 103. Anm. [91].

14 Fr. 56. *de Pactis.*

15 Fr. 9. pr. 17. *de Donation.*, s. noch §. 23. Anm. [23] a, und b,. Es versteht sich, dass die Schenkung auch in dieser Form an ihre sonstigen Regeln gebunden bleibt.

16 Hierher gehört auch die Bestellung als *dos*, s. fr. 12. §. 2. *de J. D.*

17 C. 12. *de Transact.* fr. 1. *ej. tit.* Eigentlich ist dann allerdings der Erlass um des Vergleichs willen geschehen und somit ein Erforderniss desselben, s. Lit. B. a. 2) im Text; es ist aber auch möglich, dass später unmittelbar über den Erlass und seine Gültigkeit Frage entsteht, und das Geschäft dann von der Seite her in Betracht zu ziehen, wo der Vergleich als *caussa* des ersteren erscheint. Wie die Schenkung, ist auch der Vergleich hier an seine allgemeine Regeln geknüpft, s. z. B. c. 32. *de Transact.*

18 Vergl. Anm. [2].

19 Auch die personelle oder impersonelle Beziehung der Verträge ist *non minus ex verbis quam ex mente convenientium* zu entnehmen, fr. 7. §. 8. *de Pactis*, vergl. fr. 17. §. 3. fr. 21. §. 5. fr. 25. §. 1. fr. 40. 57. §. 1. *eod.*

durch einen entgegengesetzten Vertrag nicht wieder aufgehoben werden, während dies allerdings in Ansehung eines nur die Geltendmachung der Forderung betreffenden möglich ist, wodurch dann das frühere Verhältniss vollständig wieder hergestellt wird [20].

Die Wirkung des Erlasses im Vergleich zum Inhalt der Forderung reicht so weit, wie sie beabsichtigt ist; die Forderung kann m. a. W. sowohl ganz als theilweise [21], und von gegenseitigen Leistungen auch nur eine [22] aufgegeben werden, und bei wirklich geschehener Befriedigung hält die Wirkung des Erlasses nothwendig mit dieser Schritt, soweit eine solche anerkannt wird. Ausdrücklich ist jedoch zu bemerken, dass bei mehrfachen, also namentlich bei alternativen Obligationen im Zweifel die ganze Obligation als aufgehoben zu betrachten ist, wenn der Schuldner die Wahl hat [23]; hat der Gläubiger die Wahl, so ist ein Zweifel über die Ausdehnung seiner Entsagung nicht wohl denkbar, die auf eine einzelne gerichtete kann freilich niemals über diese hinaus erstreckt werden [24].

Nach R. R. besteht ein eigenthümliches Institut des nothwendigen theilweisen Nachlasses von den Summen mehrerer zusammentreffender Forderungen in Anwendung auf folgenden Fall. Wenn Jemand mit Hinterlassung einer Anzahl von Gläubigern unter Umständen gestorben ist, wo deren volle Befriedigung zweifelhaft, oder die Unmöglichkeit dieser schon gewiss ist, und der Erbe, aus demselben Grunde unschlüssig oder abgeneigt, eine solche Erbschaft anzutreten, den Gläubigern Vorschläge zu einer Vereinbarung macht, diese aber fehlschlägt, so kann darüber richterliche Hülfe angerufen werden; der Richter hat dann die Obliegenheit, wenn er den Fall überhaupt zu einer solchen Entscheidung geeignet befindet, denselben nach dem Willen der für einen prozentmässigen Nachlass stimmenden Mehrheit der Gläubiger dahin zu entscheiden, dass der Widerspruch der Minderzahl dadurch überwogen und diese somit zu einem gleichmässigen Nachlass gezwungen wird [25]. Der Begriff der Mehrheit bestimmt sich hier ebenso wie bei der auf ähnliche Weise erzwungenen Stundung, s. §. 91. II. A. 2, [26]; Pfandgläubiger sind jedoch nicht hieran gebunden [27]. Die Folge hiervon ist eine vollständige Befreiung von dem

[20] Das letztere steht fest, z. B. fr. 27. §. 2. *de Pactis*, es ist dann eine Replik gegen die Exception begründet. Das erstere aber ist eine nothwendige Folge der völligen Aufhebung der Forderung, denn es ist dann eine Wiederherstellung sowenig möglich, wie sie es nach R. R. durch beabsichtigte Wiederaufhebung einer Acceptilation war.

[21] §. 1. *I. Quib. modis obl. toll.* fr. 7. §. 17. fr. 27. §. 5. *de Pactis*, fr. 17. *de Acceptil.*, vorausgesetzt ist natürlich, dass der Anspruch theilbar sei, fr. 13. §. 1. *de Acceptil.* und dagegen fr. 2. §. 3. *de V. O.* Wegen Betheiligung mehrerer Schuldner oder Gläubiger daran vergl. §. 89. in Anm. [19].

[22] Fr. 56. *de Pactis;* die fr. 1. 5. pr. *de Resc. vend.* und fr. 23. *de Acceptil.* sind damit nicht etwa in Widerspruch, denn in diesen handelt es sich um die Rückgängigmachung des ganzen Geschäfts, während im ersteren dessen Fortbestand vorausgesetzt ist, und zum Theil um eine Eigenthümlichkeit der Acceptilation in der ersteren Beziehung, worüber fr. 5. pr. *d.* Auskunft giebt.

[23] Fr. 27. §. 6. *de Pactis*, fr. 13. §. 4. *de Acceptil.*

[24] Fr. 27. §. 7. *de Pactis.*

[25] Fr. 7. §. 17. 19. fr. 8. *eod.* fr. 23. *Quae in fraudem* fr. 58. §. 1. *Mandati.* Vergl. bes. Heffter im Archiv Bd. X. S. 337 ff.

[26] Fr. 8. 9. *de Pactis* (hier noch manche Spezialitäten); bei durchgängiger Gleichheit soll die Entscheidung zu Gunsten des Schuldners ausfallen. Die Zinsrückstände werden mitgerechnet.

[27] Fr. 10. pr. *eod.* solche mit *privileg. exig.* stehen ihnen nicht gleich. Dieser Stelle widerspricht fr. 58. §. 1. *Mandati*, worüber viele Vereinigungsversuche angestellt worden sind, s. Vangerow a. a. O. S. 178. Die erstere Stelle ist schon darum vorzuziehen, weil darin express von diesem Gegenstand gehandelt wird.

erlassenen Theil der Forderung [28]; war jedoch neben dem Schuldner noch ein Bürge vorhanden, so kommt diesem der Erlass nur dann zu Statten, wenn der Gläubiger wirklich seine Einwilligung mitertheilt hat [29]. Diese Vorschrift hat durch mehrere jüngere Einrichtungen zur Vermeidung der Nachtheile des Antritts überschuldeter Erbschaften einen grossen Theil ihrer Bedeutung verloren; doch lässt sich nicht behaupten, dass sie unpraktisch sei, indem die thatsächlichen Voraussetzungen dazu nicht unmöglich geworden sind. Sehr wichtig dagegen ist die durch eine allgemeine deutsche Praxis geschehene Ausdehnung dieser Vorschrift auf den Fall der Ueberschuldung eines Lebenden [30]. Die Einleitung und Ausführung eines solchen Beschlusses der Mehrheit der Gläubiger gehört daher den Grundsätzen des deutschen Konkursprozesses an [31].

Ausser durch Vertrag ist Erlass einer Schuld von Seiten des Gläubigers auch durch letztwillige Verordnung möglich; diese Form gehört zu der Lehre von den Vermächtnissen.

B. Der Vergleich. Darunter ist die Feststellung eines in Ansehung seiner Existenz, oder seiner Art und Eigenschaften, oder seiner Wirkungen und Folgen, oder nur seines Betrags und Umfangs zwischen Mehreren rechtlich oder thatsächlich zweifelhaften, oder schon wirklich zum Streit gediehenen Verhältnisses zu verstehen [32]. Allerdings ist dieses letztere ursprünglich nicht nothwendig als Obligation zu denken, sondern es können ungewisse Rechtsverhältnisse jeder Art Gegenstand eines Vergleichs werden; allein, da mit den die Ungewissheit begründenden gegenseitigen Behauptungen zugleich eine Verletzung von der anderen Seite bejaht und beziehungsweise geleugnet wird, so entsteht hierdurch ein ebenfalls zweifelhaftes obligatorisches Verhältniss zwischen zwei bestimmten Personen (vergl. §. 29. Bd. I. S. 247 f.), und mithin ist stets nur ein solches Gegenstand des Vergleichs, und dieser also unter die Aufhebungsgründe der Obligationen zu stellen. Der gegebenen Bestimmung des Vergleichs zufolge ist zwar in demselben auch die Verwandlung eines Schuldverhältnisses in ein anderes enthalten, indessen tritt dieser Begriff hier darum zurück, so dass nicht etwa der Vergleich zu der Lehre von dieser in §. 105. b. gehört, weil das frühere an sich nicht gewiss, also auch nicht bestimmt ist, hauptsächlich aber wegen des zweiten nachher weiter zu erörternden Erfordernisses gegenseitiger Zugeständnisse, womit sich der Vergleich zwar wiederum dem Erlass

[28] Allerdings ist sie nicht *ipso jure* als geschehen zu betrachten, vergl. Heffter a. a. O. S. 352. Uebrigens ist der obige Satz namentlich im Gegensatz zu einer Stundung zu verstehen, und es ist daher gleichgültig, wenn der Schuldner später wieder zu Vermögen kommt.

[29] S. Heffter a. a. O. S. 352. Der Bürge kann dagegen vom Erben nur die Procente fordern; vergl. Bayer Konkursproz. S. 118. [8]; ist der Gläubiger abwesend gewesen, so muss er sich zwar vom Schuldner, nicht aber vom Bürgen die *exc. pacti* gefallen lassen, s. Vangerow a. a. O. S. 177.

[30] Vergl. hierüber bes. Heffter a. a. O. S. 339 ff., welcher derselben auch in fr. 7. §. 18. *de Pactis* einen analogen Anhalt zu gewinnen sucht. S. noch Spangenberg in d. Ztschrft. Bd. VI. S. 226 ff. über manche besondere Fragen.

[31] Vergl. darüber dens. S. 341 ff. und Bayer Konkursproz. S. 119 ff.

[32] Fr. 1. *de Transact.* c. 12. *ej. tit.* (künftig *h. t.* cit.). Die Zweifel sind zuweilen nur als in Bezug auf bevorstehende oder schon anhängige Prozesse verstanden worden, was viel zu enge ist, wenn auch diese Fälle die häufigsten sein werden; Beispiele mit entgegengesetzter Voraussetzung s. in c. 8. *h. t.* c. 1. 16. *de Pactis.* Vergl. Glück Komm. Bd. V. S. 1 ff. Am häufigsten wird der Zweifel von thatsächlicher Natur sein, die Voraussetzungen zur Anwendung des Rechts darauf mitverstanden, ebensowohl aber können rechtliche Kontroversen Grund zum Abschluss eines Vergleichs sein. Eine neue Monographie, die Lehre vom Vergleich ist von C. Risch, Erl. 1855. (Preisschr.).

nähert, von diesem aber darin verschieden ist, dass er nicht nur ein neues Verhältniss begründet, sondern durch ihn auch nur ungewisse, durch jenen hingegen gewisse Ansprüche aufgegeben werden. Möglich ist, dass ein Uebereinkommen zwischen Zweien aus Geschäften aller dreier dieser Arten zusammengesetzt ist, das hat jedoch nur eine thatsächliche und konkrete Relevanz, und überhaupt würden selbst Zweifel über die Natur eines Geschäfts dieser Art im Einzelnen ohne Einfluss sein, sobald nur die Absicht der Paciscenten feststeht, welche hier allein entscheidet. Das aber ist freilich dem Vergleich eigenthümlich, dass er eine Feststellung eines bisherigen ungewissen Verhältnisses begreift, und dass also sowohl die negative als die positive Seite seiner Wirkungen dem Vertrag, dessen Inhalt er ist, seinen besonderen Charakter verleiht[33]. Hieraus ergeben sich nun;

a. für die Möglichkeit und die Annahme eines solchen, als beabsichtigt, folgende zwei Erfordernisse des Vergleichs:

1) der Gegenstand oder Anspruch, welchen der Vergleich betrifft, das Rechtsverhältniss, welches er aus der Ungewissheit zur Gewissheit erheben soll, muss unter den Partheien in einer der gedachten Beziehungen ungewiss sein. Zu diesem Begriff genügt, dass die Paciscenten es dafür halten, sei es auch nur, dass der eine blos die Anerkennung versagt, also ohne weiteren Beweis oder Schein Rechtens das bestreitet, was der Andere behauptet[34]. In zwei Fällen jedoch wird dies nicht für ausreichend, sondern eine solche Ungewissheit, dass ein Vergleich rechtlich möglich wäre, für nicht vorhanden anerkannt, nämlich:

a) wenn über den fraglichen Umstand ein rechtskräftiges Erkenntniss bereits ertheilt ist, auch über dessen Existenz, Bündigkeit und Unanfechtbarbeit durch ordentliche Rechtsmittel keine Ungewissheit herrscht[35]. Ist jedoch ungewiss, ob

[33] Damit wird die Mannigfaltigkeit der verschiedenen Seiten genügend angedeutet sein, die der Vergleich als Rechtsgeschäft darbieten kann. Allerdings passt er doktrinell strenggenommen in sofern nicht an die hier ihm angewiesene Stelle des Systems, als er nicht gerade immer eine Obl. aufhebt, (sondern nur den Streit darum) und leicht Entstehungsgrund anderer wird. Allein das letztere trifft auch bei anderen, unbeanstandet von Jedermann hierher gezogenen Lehren zu (z. B. der Novation), und was das erstere anlangt, so kann er, wie viele andere verschiedenen Fächern des Systems verwandte Lehren, demungeachtet doch nur einem überwiesen werden, und da kann ich nicht zweifelhaft sein, welches dem anderen vorzuziehen sei. Daran, ihm wie die Schenkung, dem allgemeinen Theil zu überweisen, wie Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 638 a) will, ist am wenigsten zu denken, wenn man davon ausgeht, dass das System zugleich doktrinelle Zwecke befriedigen soll; s. Vorr. der. 1. Ausg. Bd. I. S. IX. f. u. vergl. auch Risch a. a. O. S. 25. 32 f. Während die Befriedigung dieser der Schenkung keineswegs entgegenstehen, gehört schon zur Abgrenzung des Vergleichs von anderen Instituten so Vieles aus spezielleren Obligationenlehren, dass seine systematische Verweisung zu jener nicht durchführbar sein würde. Ebensowenig aber kann ich Risch's alternativem Vorschlag beitreten, den Vergleich neben das Urtheil als Streitbeendigungsmittel zu stellen. Gegen diesen spricht das soeben Bemerkte mit gleicher Entschiedenheit. Uebrigens ist Risch selbst weder für den einen, noch für den anderen Vorschlag entschieden, sondern erkennt die grosse Schwierigkeit an.

[34] C. 2. *h. t.* fr. 65. §. 1. *de Condict. indeb.* fr. 1. *h. t.*

[35] Fr. 23. §. 1. *de Condict. indeb.* c. 32. *h. t.* Die erste Stelle erfordert *sent. indubitata quae nullo remedio adtemptari potest*, die zweite, dass sie nicht durch eingelegte Appellation oder Restitution noch ungewiss sei. Die fr. 7. pr. u. 11. *h. t.* widersprechen dem nicht, sondern setzen nur die noch vorhandene Möglichkeit zu appelliren voraus, oder einen Zweifel an der Existenz der *res jud.*, indem sie diesen Ausdruck für *sententia lata* brauchen. Die Möglichkeit, ein Urtheil durch *i. i. r.* anzufechten, halte ich nicht für geeignet, um diese Ungewissheit herzustellen, sondern sie müsste schon gesucht sein, dieses, *restit. solennitate suspensam esse*, verlangt c. 32. *d.* ausdrücklich; auch würde ja,

die Exekution des Erkenntnisses nicht Schwierigkeiten und Streit herbeiführen werde, so ist wegen dieser ungewissen Folgen des gewissen Inhalts des Erkenntnisses ein Vergleich darüber und deshalb eben sowohl möglich, als ein Erlass gewisser Ansprüche, der den Charakter einer Schenkung an sich trägt, jeder Zeit zulässig ist[36].

b) Wenn eine letztwillige Verfügung rücksichtlich ihrer Anordnungen noch gar nicht eingesehen und bekannt geworden, und über dieselbe ein Vergleich geschlossen werden soll; denn die danach sich gestaltenden Rechtsverhältnisse sind einerseits nicht vorhanden, und andererseits nicht ungewiss, sondern unbekannt[37].

da jene Möglichkeit eine allgemeine und unbeschränkte ist, der ganze Satz illusorisch werden; daher habe ich im Text die Rechtsmittel als „ordentliche" bezeichnet, welche nicht mehr zulässig sein dürfen. Der praktische Unterschied ist freilich nicht gross, indem das Restitutionsgesuch nur noch eingereicht zu werden braucht, um das Erforderniss herzustellen, ohne dass es auf seine Begründung und die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs weiter ankommt. Die Art der im Text gemeinten Ungewissheit ist in der zweiten und dritten Beziehung als eine absolute zu verstehen, nicht blos als eine individuelle der Partheien, indem sonst Rechtsunkunde das Erforderniss zu ersetzen vermögte; nur in der ersten, also rücksichtlich der Frage, *an judicatum sit*, ist subjektives Bezweifeln und Nichtwissen nach fr. 11. *d.* hinreichend. — S. überhaupt noch folgende Anmerk. Vergl. Risch a. a. O. S. 74 ff. 88 ff.

36 Die Vermischung dieser beiden Punkte mit dem Vergleich *post rem judicatam* scheint über die Anwendbarkeit des Verbots des letzteren selbst bei Vielen Zweifel hervorgerufen zu haben. Im Allgemeinen nämlich findet man allerdings dasselbe vorgetragen, s. die bei Thibaut im Archiv Bd. VIII. S. 301. [1] Gen., allein viele ältere Praktiker wollen unter Bezug darauf, dass jetzt jedes *pactum nudum* volle Wirksamkeit habe, dasselbe nicht mehr gelten lassen, s. die das. Anm. [2] Gen. Diesen Grund hat nun Thibaut a. a. O. und Bd. IX. S. 399 ff. vollständig widerlegt; s. auch bei dies. die älteren Quellenzeugnisse gesammelt. Wenn er aber selbst den für die richtige Ansicht allgemein anerkannten Grund des bei der *res jud.* fehlenden Erfordernisses der Ungewissheit für doch nicht ausreichend hält, weil Trotz und Unvermögen des Gegners auch nach der Rechtskraft noch viele Weiterungen herbeiführen könne, so ist zwar das letztere ganz richtig, allein darum der Grund nicht bedenklich; denn rücksichtlich der thatsächlichen Möglichkeit der Verwirklichung dessen, was das Urtheil ausspricht, gewährt freilich die Rechtskraft keine Gewissheit, aber das will sie auch sowenig, wie sie es vermag, sondern sie ordnet nur das Verhältniss von seiner rechtlichen Seite. Daher griff denn Goldschmidt Arch. Bd. IX. S. 76 ff. Thibaut's Ausführung damit an, dass er namentlich im Fall des Unvermögens *post rem jud.* geschlossene, darauf bezügliche Vergleiche (m. a. W. Nachlassverträge) als zulässig vertheidigte. Dagegen erinnerte aber Thibaut ebendas. S. 393 ff. wieder, „dass diese Entgegnung ganz in seinem Sinn sei, indem er nur solche Vergleiche als zulässig bestreite, welche das durch Rechtskraft unbestreitbar gewordene Recht wieder als ungewiss annehmen, nicht aber die Möglichkeit, solchen Rechten durch einen Nachlassvertrag zu entsagen, (vergl. fr. 7. §. 13. *de Pactis* u. fr. 1. *h. t.*) und die des Vergleichs über ungewisse Folgen derselben." Es ist also m. a. W. das Erforderniss der Ungewissheit, welches sich absolut als entscheidend zeigt, indem eine solche über die Folgen des Gewissen (des Inhalts des Erkenntnisses) sehr wohl möglich ist. Dies hat übrigens schon Renthe in seinem Buch von den Transakten S. 70. und mit ihm Glück a. a. O. S. 37. wohl unterschieden. Vergl. Risch a. a. O. S. 76 ff.

37 Fr. 6. *h. t.* coll. fr. 1. §. 1. *Test. quemadmod. aper.* Hier herrscht eine noch bis auf die neueste Zeit herabgehende mehrfache Verschiedenheit der Ansichten, wobei indessen die Frage oft so formulirt: „ob testamentarische Ansprüche vor Eröffnung des Testaments einen tauglichen Vergleichsgegenstand abgeben," leicht irre führen kann, indem sie sich allerdings weder einfach bejahen noch verneinen lässt. Man ist zuvörderst darüber einig, dass, wenn der Inhalt des Testaments ohne Publikation bekannt geworden ist, ein Vergleich möglich sei, s. die bei Glück a. a. O. S. 25. [59] Gen. Häufig kann hier freilich nur gesagt werden: als be-

2) Es muss ferner zur Erreichung dieses Zwecks ein gegenseitiges Nachgeben und Ausgleichen der wider einander aufgestellten Behauptungen und Ansprüche Statt finden, bestehe es in einem Leisten, Behalten oder Versprechen, also nament-

kannt angenommen wird; dies lässt sich auch nach den Worten der cit. Stelle: *cognitisque* rechtfertigen. Wenn freilich später sich das Gegentheil einer solchen Annahme ergeben sollte, so würde der bei Anm. 41 erwähnte Umstand sich geltend machen. Ist aber gar nichts bekannt, so hält die eine Parthei fest an dem Ausspruch des fr. 6. *d.*, (s. die bei dems. Anm. 60 Gen.) indem in der That hier ein Streit über den Inhalt des Testaments nicht möglich ist, die andere (s. d. das. Anm. 70 Gen.) hält die Vergleiche in der Voraussetzung, dass überhaupt bekannt sei, wer Erbe ist, und dass der Transigent im Allgemeinen erfahren haben müsse, dass er in dem Testament bedacht sei, für zulässig. Auch Glück a. a. O. S. 31 ff. schliesst sich dieser Ansicht an, indem er in fr. 6. *d.* keine eigentliche gesetzliche Vorschrift anerkennt, sondern im Vergleich zu fr. 1. §. 1. *d.* nur den Grund, warum der Prätor sein Edikt *de inspiciend. etc. tabulis* bekannt gemacht habe. Doch giebt er zu, dass der Gerichtsgebrauch in Deutschland der ersteren Meinung anhange, nur dass er beschworene Vergleiche aufrecht erhalte. (S. die bei dems. Anm. 77 Gen.) Göschen Vorles. §. 555. a. E. hält ebenfalls dafür, dass in der Stelle, fr. 6. *d.*, eigentlich nicht gesagt sei, ein Vergleich solle nur dann gültig sein, wenn zuvor das Testament eröffnet und von den Transigenten eingesehen sei. Ich meines Theils muss bekennen, dass ich nicht begreife, wie man diesen Inhalt leugnen und verkennen kann, dass doch in der That ein Vergleich über Verhältnisse, die noch gar nicht existiren, absolut unmöglich ist, eine blosse Annahme über den unbekannten Inhalt aber ihn nicht dieser Eigenschaft entheben und das Erforderniss der Ungewissheit herstellen kann. Gerade, dass ein Theil der zweiten Stelle — den man darum zu einer *lex fugitiva* hat stempeln wollen! — in den Titel *de Transact.* aufgenommen wurde, ist ein so deutlicher Beweis, dass man darin ein Princip habe anerkennen wollen, und die Zusammenstellung mit dem folgenden fr. 7. pr. *eod.*, welches die andere Ausnahme, Vergleich *post rem jud.*, enthält, spricht so sehr für sich selbst, dass es überflüssig sein dürfte, noch ein Wort zu verlieren. Wegen der Annahme bei geschehener eidlicher Bestärkung s. §. 99. z. A. u. das. Anm. 1. Risch a. a. O. S. 108 ff. scheint vielmehr a. M., als er es ist. Zuvörderst giebt er S. 113. 13 die Ungültigkeit des Vergleichs zu, wenn der Inhalt des Testaments unbekannt sei; ebenso ist er mit der diesseitigen Meinung einverstanden, dass im umgekehrten Fall der Vergleich zulässig sei. Wenn er aber die auf mehr oder minder genaue Kenntniss gegründeten Ansprüche für mögliche Gegenstände eines Vergleichs hält, so muss ich die desfallsige Argumentation für verfehlt und für eine *petitio principii* halten. Eine solche mangelhafte Kenntniss ist einer Unbekanntschaft darum m. E. gleich, weil darauf ein Anspruch ebenso wenig gegründet werden kann. Dies aber muss doch mindestens erfordert werden, m. a. W., dass der Fordernde wisse, was er wolle, und eine Klage zu substantiiren vermöge, wenn überall von Vergleich darüber soll die Rede sein können. Uebrigens scheint Risch nach S. 121. selbst an seinem Resultat bedenklich, wenn er hier solche Vergleiche weder für sehr empfehlenswerth, noch für häufig hält, — womit freilich wenig gesagt ist. Auch was dann zur Beseitigung des fr. 6. *d.* „als ein Exempel geistloser Gesetzgeberarbeit" folgt, ist nicht überzeugend. (S. schon weiter oben.) Savigny's Autorität (Syst. I. S. 256.) ist nicht stark genug, die Thatsache und ihre Bedeutung zu beseitigen, dass die Stelle in den Titel *de Transact.* aufgenommen ist. Nur gelegentlich will ich noch auf die Schol. zu den Basil. (XI. 2. 6.) aufmerksam machen. — Schliesslich noch die Bemerkung, dass Risch's Folgerung aus der Zusammenstellung des fr. 6. *d.* mit fr. 11. pr. *de Exc. rei jud.* in sofern ohne Grund ist, als ersterer nicht sagt, dass *tabulis non inspectis* „eine gerichtliche Entscheidung nicht herbeigeführt werden könne," sondern es heisst: *neque transigi, neque [apud judicem] veritas aliter exquiri potest;* ist also, wenn dennoch ein Urtheil erfolgt, zwar dieses nicht nichtig, sondern nur „der Rechtsstreit schlecht geführt und entschieden," (s. Savigny a. a. O. Bd. VI. S. 461.) indem die Kraft desselben eben nicht von der *veritas* abhängt, (sondern vielmehr eine neue formelle herstellt,) so ist doch daher keine Analogie auf das ganz klare: *neque transigi — potest*, zu deduziren.

lich auch im Aufgeben von Ansprüchen[38]. Betrifft der Vergleich einen zweifelhaft gewordenen Anspruch selbst, so besteht er namentlich häufig entweder darin, dass derselbe gegen eine Leistung von der anderen Seite ganz aufgegeben oder auf eine bestimmte Summe reduzirt, oder dass er anerkannt, dagegen aber von Seiten des Gläubigers eine Verbindlichkeit übernommen wird. Die Gegenseitigkeit hierbei, dass das Nachgeben des Einen um das Nachgeben des Anderen willen geschieht, scheidet den Vergleich von dem Erlass sowohl, wie von der Schenkung ab. Darin liegt dann zugleich der Verpflichtungsgrund (*caussa*) des in dem Abschluss des Vergleichs eingegangenen Vertrags.

Dieser Vertrag nun steht rücksichtlich seines Zustandekommens und seiner Gültigkeit unter den gewöhnlichen Erfordernissen eines solchen[39], und, in sofern dadurch Rechte aufgehoben werden, unter den Regeln vom Erlass unter A. 1, z. A.[40]; eigenthümlich ist ihm demnächst, dass, wenn sich ein dabei als gewiss vorausgesetzter, zur Grundlage, nicht zum Gegenstand des Vergleichs gehöriger Umstand später als unrichtig ergiebt, der Vergleich angefochten werden kann[41], während ihm die nachmalige Hebung der früheren Ungewissheit keinen Eintrag thut[42].

Der Vergleich ist endlich einer von den wenigen Verträgen, welcher unter Umständen einer Form zu seiner Gültigkeit bedarf. Wenn nämlich in einer Verfügung auf den Todesfall hinterlassene Alimente, soweit sie erst noch künftig fällig werden, Gegenstand eines Vergleichs in der Art werden, dass sie wegen ihres ungewissen Betrags durch eine Bauschsumme ganz oder theilweise abgelöst werden sollen, so ist, sobald diese nicht dem Berechtigten zum ganz offenbaren Vortheil gereicht, eine Bestätigung der kompetenten Obrigkeit des letzteren erforderlich, um das Geschäft als bündig erscheinen zu lassen, und diese darf nur nach vorgängiger Prüfung der Umstände, unter Erwägung der Ursache, Bedingungen und des Charakters der Betheiligten, und wenn danach der Vergleich dem Berechtigten als vortheilhaft erscheint, ertheilt werden[43]. Eine Bestätigung gleicher Art ist erfor-

[38] Fr. 1. *h. t.* c. 38. *h. t.* es findet also ein gegenseitiger Austausch Statt.

[39] S. z. B. wegen *dolus* fr. 65. §. 1. *de Cond. indeb.* c. 4. 19. *h. t.*, wegen *metus* und *vis* c. 13. *eod.* Vergl. Risch a. a. O. S. 131—166. und 212—33.

[40] Daher können z. B. 1) Vormünder sich nur unter obrigkeitlicher Autorisation vergleichen, wenn es deren zur Entäusserung bedürfen würde, fr. 46. §. ult. *de Administr. et periculo tut.* 2) Bevollmächtigte nur kraft Spezialmandats oder als *procuratores omn. bonor.*, vergl. darüber Glück a. a. O. S. 42 f. 3) Dasselbe gilt von Vertretern moralischer Personen, s. das. 4) Der Vater für das Vermögen der Kinder nur wie der Vormund. 5) Der Ehemann für die Frau in Dotalangelegenheiten nur soweit er veräussern kann, in anderen nur mit Zustimmung der Frau. Vergl. Glück S. 44 ff. und die dort Gen.

[41] S. z. B. fr. 3. §. 1. fr. 12. in f. fr. 36. in f. *Famil. ercisc.* c. 42. *h. t.* c. un. *de Errore calculi*, und dagegen die beiden letzteren Stellen, resp. *verb. nisi etiam etc.* und *vel transactio etc.* (nämlich über den Rechnungsfehler selbst).

[42] C. 2. 19. 29. *h. t.*; es ist daher auch gleichgültig, wenn sich nachmals ergiebt, dass der wirklich zu erlangen gewesene Betrag sich viel höher belaufen habe, fr. 78. §. 16. *ad Sct. Trebell.* Doch war dies unter älteren Juristen sehr bestritten, s. Glück a. a. O. S. 89 ff.

[43] Fr. 8. *h. t.* (coll. c. 8. *eod.*); in dieser Stelle ist die Anwendung dieser Vorschrift auf mannigfaltige thatsächliche Gestaltungen, sowie rücksichtlich der Richtung der *caussae cognitio* nachgewiesen. Der Vergleich über bereits fällige Alimente ist unbeschränkt, c. 8. *d.* Dass diese Vorschrift nur auf die aus Testamenten, und nicht auch aus Verträgen oder anderen Gründen zur Alimentirung Jemands entspringenden Ansprüche Bezug hat, (fr. 8. §. 2. *h. t.*) beweist allerdings, dass nicht sowohl der Inhalt, als der Grund derselben dabei in Betracht gezogen worden ist, also ist die Haupttendenz

derlich, wenn sich mehrere gemeinschaftlich Berechtigte unter einander vergleichen[44].

b. Die Wirkung des Vergleichs ist in negativer Hinsicht, d. h. rücksichtlich seines Einflusses auf das frühere zweifelhafte Verhältniss, dessen Aufhebung, in positiver die eines Vertrags[45]. Ist vermöge des Vergleichs eine nicht streitige Sache dem Einen vom Anderen gegeben worden, so ist dies ähnlich wie ein Kauf zu betrachten, so dass der Empfänger der Sache Anspruch auf Ersatz bei geschehener Entwährung derselben hat. Ist hingegen die streitige Sache selbst in Folge des Vergleichs dem Einen überlassen, und den Ansprüchen daran entsagt worden, und zwar gleichviel, ob er sie schon bisher gehabt, oder sie ihm erst jetzt herausgegeben worden, so braucht der Andere nicht für Entwährung einzustehen, es sei denn, dass die Ausgleichung in einer Geldsumme dergestalt erfolge, dass in der That ein Kauf geschehen ist[46]. Hierbei ist vorausgesetzt, dass der Streit von sachenrechtlicher

derselben die, dass der Wille des Testators nicht durch solche Vergleiche, zu denen die Berechtigten sich allerdings unter diesen Umständen leichter geneigt finden lassen werden, vereitelt werde, vergl. Glück a. a. O. S. 52 ff. und die dort Anm. 47 Gen. und Bruhn's Samml. v. Entsch. des O.-A.-G. zu Lübeck, Nr. 12. Wenn jedoch Glück mit einigen Anderen Vergleiche über gesetzliche Alimente ebenfalls nur unter richterlicher Bestätigung gelten lassen will, so sehe ich dazu keinen hinreichenden Grund; das Beispiel von ausserehelich geborenen Kindern passt so wenig wie der Grund, weil sonst leicht wegen deren Unterhalts Nachtheil für den Staat entstehen könne, denn in Ansehung des ersten Punkts führt vielmehr ihre vorausgesetzte Unmündigkeit und Bevormundung zu dieser Nothwendigkeit, und der Grund wäre auch bei vertragsmässig festgesetzten Alimenten gar nicht undenkbar. — Die Beschränkung, wenn der Vergleich einen unleugbaren Vortheil für den Gläubiger enthält, bedarf theils keines weiteren Beweises, da das Verbot doch überhaupt in seinem Interesse gegeben ist, und man unter diesen Umständen nicht sagen kann, dass ein solcher dem Willen des Testators entgegen sei, theils findet sie einen solchen in den Beispielen des fr. 8. §. 6. 24. 25. *h. t.* — Wegen der Meinung, dass beschworene Vergleiche dieser Art bündig seien, welche jedoch niemals ohne ausgebreiteten Widerspruch geblieben ist (s. Glück a. a. O. S. 56.), s. §. 99. z. A. und das. Anm. 1. — Dass die Obrigkeit, welche die Bestätigung zu ertheilen hat, die des Gläubigers sein müsse, wird um des Zwecks willen keinem Anstand unterliegen, s. auch Glück a. a. O. S. 57., wenn man dennoch auch annimmt, dass, wenn die Alimente aus einem gewissen Grundstück zu entrichten sind, der Grundrichter zur Bestätigung kompetent sei, und sich dafür auf c. 16. *de Praediis et al. reb. minor. etc.* beruft, so sehe ich darin nicht den geringsten Anhaltspunkt dazu. — Ueber die sich durch die Wiederaufhebung gestaltenden Folgen je nach Verschiedenheit der Umstände s. fr. 8. §. 22. *h. t.* Vergl. Risch a. a. O. S. 99 ff.

[44] Fr. 8. §. 15. *h. t.*; es kann hier doch nur ein Vergleich ähnlicher Art verstanden werden, nicht etwa blosse Theilung. Uebrigens finden sich in derselben Stelle noch mehrere Begünstigungen der Alimentenforderungen, rücksichtlich des Verzichts auf die Sicherung derselben.

[45] C. 20. 28. 39. *h. t.* Wenn in der ersten Stelle die *auctoritas transact. non minor quam rerum judicat.* genannt wird, so halte ich das nur des Vergleichs wegen für gesagt. Aehnlich wird der Vergleich oft *decisio* genannt, fr. 7. pr. *de Condict. furt.* c. 17. 19. 33. *h. t.* Darin allerdings liegt eine Verwandtschaft zwischen beiden, dass Klage und Einrede aus einem Vergleich, durch den ein Recht anerkannt oder aufgegeben ist, der *a.* und *exc. rei jud.* parallel stehen, (s. Bd. I. §. 34.) für die erstere also der Vergleich eine neue *caussa* herstellt; indessen ist das mehr Folge der heutigen Auffassung der Vertragswirkung, als nach R. R. ohne Hinzunahme einer Novation oder Stipulation zu begründen. S. Savigny Syst. Bd. VI. S. 414 ff. und Risch a. a. O. S. 176 ff.

[46] Die Frage von der Leistung der Gewähr ist nicht unbestritten. Der erste Punkt, wenn eine nichtstreitige Sache des Vergleichs wegen erst übergeben worden, steht nach c. 33. *h. t.* allerdings fest; aber in Ansehung des zweiten ist zuvörderst von nicht wenigen Juristen behauptet worden, (s. die bei Glück a. a. O. S.

Natur war; betraf er die Forderung einer Sache, welche ihrer Natur nach auch den Anspruch wegen Entwährung nach geschehener Leistung enthält, so ist die desfallsige Verpflichtung auch dann anzunehmen, wenn diese Leistung selbst in Folge Vergleichs unter Anerkennung der Forderung geschah [47]. Die in einem Vergleich enthaltenen Entsagungen und Erlasse sind nothwendig von einer völligen Aufhebung der aufgegebenen Forderung zu verstehen [48]. Eine eigenthümliche Wirkung hat noch der von einem Volljährigen beschworene Vergleich, wenn er nämlich diesem zuwiderhandelt, so verliert er die ihm danach zugefallenen Rechte, und muss das, was er empfangen, wieder herausgeben [49]. — Auf dritte Personen äussert der Vergleich in sofern Wirkung, dass der vom Hauptschuldner abgeschlossene dem Bürgen zu Statten kommt [50], und dass, wenn sich zwei um einen Nachlass in der Art streiten, dass ihn der Eine aus einem Testament, der Andere ohne Testament fordert, und sich beide vergleichsweise darin theilen, die Erbschaftsgläubiger jeden von beiden nach Maasgabe seines Antheils als ihren nunmehrigen Schuldner zu betrachten haben [51].

Der Vergleich kann durch Uebereinkunft wieder aufgehoben und dadurch die frühere Sachlage wieder hergestellt werden [52].

C. Denjenigen, zwischen welchen ein Rechtsverhältniss oder ein Anspruch daraus streitig geworden, steht frei, die Entscheidung darüber von der Leistung eines Eids des einen von ihnen abhängig zu machen [53], welcher dann also je nach

80. [24] Gen.), dass nur dann nicht für Entwährung eingestanden zu werden brauche, wenn der die Sache behalte, wer sie schon bisher innegehabt habe. Allein dafür sprechen durchaus keine Gründe, sondern c. 33. erwähnt der Entwährung nur in Verbindung mit einer gegebenen nichtstreitigen Sache, während es ja bei Ueberlassung der streitigen, auf jede Weise, nicht darauf ankommt, dass an ihr irgend ein Recht übertragen wird, wofür eingestanden werden müsste, sondern nur ein diesseitiges bestrittenes aufgegeben wird, s. auch *Noodt de Pactis et transaction.* c. 14. §. *Sed transactio etc. Voet Comm. ad Pand.* Lib. 21. tit. 2. §. 10. und die dort Gen., ebenso dens. über die Beschränkung a. E. des Textsatzes, für welche die Summe im Vergleich zum Werth des Gegenstands entscheidend wird, nicht die erklärte Absicht, indem dieser die Ausführung der Sache widerspricht. Anstatt obigen Satzes stellt Unterholzner a. a. O. S. 659. mit besonderem Bezug auf c. 21. *h. t.* ausser der cit. einen anderen auf, der es mindestens zweifelhaft lässt, ob er nicht überhaupt anderer Meinung sei. Wenn er nämlich sagt: „die durch Vergleich übernommene Schuldverpflichtung enthalte in der Regel auch die, für Entwährung der überlassenen Sache zu haften, während der, welcher durch Vergleich einen Anspruch wegen einer Sache aufgebe, dergestalt nicht hafte," — so verstehe ich die erste Hälfte nicht, oder sollte der bei der folgenden Anm. im Text enthaltene Satz gemeint sein? Die Auszeichnung der Worte *velut emtorem* in c. 21. ferner muss zu dem Schluss führen, dass immer hier eine Art von Kauf vorliege, und also die Gewähr zu leisten sei, allein jene Worte sagen in dem dortigen Zusammenhang, dass ungeachtet eines wirklichen Vergleichs simulationsweise das Geschäft in einen Kauf eingekleidet worden sei.

47 Vergl. Wening im Archiv Bd. I. S. 140 ff.

48 Daher kommt sie auch dem Bürgen zu Statten, fr. 7. §. 1. *h. t.* fr. 68. §. 2. *de Fidejuss.*

49 C. 41. *h. t.* Die darin auch gesetzte Strafe der Infamie ist antiquirt. Der Verfall einer beabredeten Konventionalstrafe besteht für sich.

50 Fr. 7. §. 1. *h. t.* fr. 68. §. 2. *de Fidejuss.*; in sofern der Vergleich jedoch vom Bürgen als nachtheilig betrachtet werden sollte, ist er natürlich nicht daran gebunden.

51 Fr. 14. *h. t.*

52 C. 14. *h. t.* Vergl. Risch a. a. O. S. 207 ff.

53 Fr. 1. 17. pr. *de Jurejurando etc.* (künftig *h. t.* cit.) Soweit dieser Titel das *juram. necessarium* und *judiciale* betrifft, gehört er nicht hierher, sondern muss der Prozesslehre überwiesen werden. Zu jener Stelle vergl. Glück Komm. Bd. XII. S. 179 ff. Was den Begriff und die Form des Eids betrifft, so hängt der erstere zum Theil von der zweiten ab. Beides

Umständen entweder bejahenden oder verneinenden Inhalts ist[54]. Möglich ist dabei, dass sowohl die Existenz oder Nichtexistenz eines Rechts[55] oder einer Forderung[56] unmittelbar vom Eid abhängig gemacht wird, als die des Rechtsverhältnisses[57] oder des thatsächlichen Bestands für den streitigen Anspruch[58], als endlich die der streitigen Thatsache, welche unmittelbar einen rechtlichen Charakter hat[59]. Im ersten und dritten Fall ist die grösstmöglichste Bestimmtheit vorhanden, im zweiten ist wenigstens die Möglichkeit rechtlicher Schlüsse in soweit unbeschränkt und der Umfang des Anspruchs soweit unbestimmt, als nicht in der Natur des Rechtsverhältnisses oder in der nun feststehenden thatsächlichen Voraussetzung dazu die absolute Grundlage gegeben ist. Es kann jedoch auch durch Bezug des konkreten Anspruchs auf seinen Ursprung eine Verbindung beider ersteren Möglichkeiten eintreten, und bei streitigen Obligationsverhältnissen wird dies als gewöhnlich zu betrachten sein[60]. Beschränkungen rücksichtlich des Gegenstands finden für diesen Eid nicht Statt[61]. Die Leistung des Eids führt in Ansehung seines Inhalts und Gegenstands einen dem Vergleich ähnlichen Erfolg herbei[62], d. h. es gilt nunmehr zwischen den Partheien das als wahr und richtig, was beschworen worden ist[63]. Dieser Erfolg besteht also darin, dass sich etwas Zweifelhaftes und Bestrittenes in etwas Gewisses verwandelt[64], indessen ist die negative und positive Wirkung des Eids nicht wie die des Vergleichs aufzufassen, sondern es verhält sich damit so. Wird der Eid von dem abgeleistet, welcher dem behaupteten Rechtsverhältniss widerspricht, also verneinend, so steht nunmehr fest, dass ein solches nicht existirt[65]; eine positive Wirkung besteht also dann nur darin, dass aus dem Akt des Schwurs, gegen künftige Versuche jenes geltend zu machen, ein Vertheidigungsgrund hergenommen werden kann[66]. Wird umgekehrt der Eid von demjenigen abgeleistet, welcher das Rechtsverhältniss behauptet, so erscheint dieses nun wirklich als bestehend, die positive Wirkung des Eids aber ist dann die, dass für die Beurtheilung der Existenz des Rechtsverhältnisses lediglich der Eid maasgebend wird. Die negative Wirkung

im Allgemeinen zu entwickeln, ist nicht Aufgabe des Civilrechts, sondern des Kirchenrechts, woraus hier das Weitere vorausgesetzt werden muss, vergl. darüber Wiese Kirchen-R. §. 164. (Bd. II. S. 183 ff.) und Glück a. a. O. S. 182 ff. Hier genügt es zu bemerken, dass wenigstens bei aussergerichtlichen Eiden die Formel: „an Eides Statt" hinreiche, s. dens. S. 191 f.

[54] S. z. B. fr. 3. §. 3. *h. t.*

[55] S. z. B. fr. 11. pr. §. 1. fr. 14. *h. t.* und überhaupt fr. 42. pr. *eod.*

[56] S. z. B. fr. 23. *h. t.*

[57] S. z. B. fr. 13. §. 3. 4. 5. *h. t.*

[58] S. z. B. fr. 5. §. 8. fr. 13. §. 2. 3. *h. t.* fr. 28. §. 9. *eod.*

[59] Z. B. die Zahlung einer Schuld, s. fr. 3. §. 3. *h. t.* fr. 28. §. 8. *eod.*

[60] S. z. B. fr. 30. §. 2. *h. t.*

[61] Fr. 3. §. 1. 2. 3. fr. 34. pr. *h. t.*

[62] Fr. 2. *h. t.*; wenn es hier heisst, dass der Eid *majorem auctoritat.* habe, *quam res jud.*, so ist das in vielen Beziehungen wahr; so z. B. fr. 21. 31. *eod.* fr. 13. *Quib. mod. pign.* In fr. 27. *h. t.* wird der negative Erfolg mit der Zahlung verglichen; s. noch Anm. 64 und 66.

[63] Vergl. fr. 11. §. 3. *h. t.*

[64] Daher wird der Eid auch mit der Novation verglichen, s. fr. 26. §. 2. *h. t.*

[65] Fr. 40. 42. pr. 27. *h. t.* fr. 43. *de Condict. indeb.* Daher kommt der Eid, welchen der Hauptschuldner rücksichtlich der Tilgung der Schuld schwört, dem Bürgen, fr. 28. §. 1. fr. 42. pr. und §. ult. *h. t.*, der eines *correus debendi* den übrigen, fr. 28. §. 3. *h. t.*, daher auch der des Bürgen dem Hauptschuldner, fr. 28. §. 1. fr. 42. §. 1. *h. t.* und der wider einen *correus credendi* wider die übrigen, fr. 28. pr. *h. t.*, zu Statten. Uebrigens kann freilich der beschworene Umstand auch eine rein personelle Beziehung haben, s. fr. 28. §. 1. fr. 42. §. 1. *h. t.*

[66] §. 4. *I. de Except.* fr. 9. pr. 40. *h. t.* Hiernach erscheint der Vergleich mit der Zahlung in fr. 27. und mit der *acceptilatio* in fr. 40. *h. t.* eben nur als ein solcher, wie auch der Zusatz, *perpetuam certe exc. parit*, deutlich zeigt. Es bleibt jedoch keine *oblig. naturalis* stehen, fr. 42. pr. *h. t.* fr. 43. *de Cond. indeb.*

darf also für den ersten Fall nicht so aufgefasst werden, als mache der Eid ein bestandenes Recht erlöschen, vielmehr wird nun angenommen, als habe ein solches gar nicht bestanden, — und für den zweiten nicht so, als solle ein früheres Rechtsverhältniss aufgehoben und ein neues an dessen Stelle gesetzt werden, vielmehr steht nun fest, dass das beschworene von jeher bestanden habe, nur bedarf es zu dem Ende ausschliesslich der Bezugnahme auf den Eid; sie besteht mithin in beiden Fällen darin, dass das durch den Streit eingetretene ungewisse Verhältniss beendet wird[67], und das ist der Grund, weshalb dem Eid, soweit er hierher gehört, seine Stelle im System in diesem Kapitel anzuweisen ist. Als Mittel dazu liegt ihm, wie schon angedeutet, eine freie Vereinigung der Betheiligten zu Grunde[68]; wie es dazu kommt, ist gleichgültig, geht das Ansinnen und der Vorschlag dazu von dem aus, wider welchen geschworen werden soll, so wird der Eidsantrag oder Zuschiebung, Delation, und die Partheien danach Deferent und Delat genannt. Indessen sind diese Ausdrücke vorzüglich auf den Gebrauch der Eidsleistung nach förmlich eingeleitetem Rechtsstreit berechnet, wodurch sich derselbe sehr wesentlich ändert. Auch dann zwar steht noch jeder Zeit einer solchen freien Vereinigung nichts entgegen, es hat aber das Prozessrecht in dem Eidsantrag an den Gegner und seiner förmlichen Ausbildung mit der Nothwendigkeit für diesen, sich darauf einzulassen, ein Element geschaffen, welches zu einer besonderen Art von Beweismittel geworden, und mit diesen, sowie mit den je nach Umständen vom Richter aufzuerlegenden, ebenfalls nothwendigen, Eiden der Prozesslehre angehört, obwohl ihm von seinem Ursprung aus der freien Vereinigung noch manches Eigenthümliche anklebt[69]. Die Vereinigung über die Eidsleistung ist nun ein Vertrag, für den diese selbst wie eine Bedingung erscheint, deren Erfüllung in dem Belieben dessen steht, der schwören soll[70], und welche mit der einmaligen Ablehnung des Schwurs als ausgeblieben erscheint[71], so dass es erst einer neuen Vereinigung bedürfte, um nachmals noch dazu gelassen zu werden; während der Erlass des Eids nach geschehener Bereiterklärung dazu dieselbe Wirkung hat, wie wenn er geleistet worden wäre[72]. In sofern es vermöge des Schwurs zum Verlust eines Rechts auf Seiten des einen Paciscenten dadurch kommen kann, dass der andere den Eid leistet, ist für ersteren zur Eingehung eines solchen Vertrags die Fähigkeit nöthig, in dieser Art über sein

[67] Dieses spricht fr. 1. *h. t.* darin aus, dass es in dem Eid *maximum remedium expediendar. litium* anerkennt. S. ferner fr. 11. pr. *h. t.* §. 4. *I. de Except.* fr. 7. §. 7. *de Publ. in rem a.*

[68] Fr. 1. 17. pr. *h. t.*

[69] Vergl. darüber Schmid Handb. des Proz. §. 158. Thl. II. S. 328 ff. Ob der danach also gerichtlich angetragene Eid in dem Gegensatz des freiwilligen und des nothwendigen Eids zum ersteren oder zum letzteren zu rechnen sei, darüber ist Streit, s. Glück a. a. O. S. 179 ff.; indessen ist das nur ein Wortstreit, aus dem nirgends etwa Folgen gezogen werden. Soviel ist richtig, dass es dazu nur in Folge des Willens eines der streitenden Theile kommen kann, aber ebenso gewiss, dass für seinen Gebrauch gewisse Formen vorgeschrieben sind, und sobald es geschehen, gewisse Nothwendigkeiten eintreten, welche die Gestaltung der Dinge sehr wesentlich verändern. Daher rechnet ihn auch Puchta §. 295. a. E. zu dem nothwendigen Eid. Dagegen unterscheidet man sicher den gerichtlichen und aussergerichtlichen Eid; nur vom letzteren ist hier die Rede. Es ist hier keine Veranlassung, sie weiter einander gegenüber zu stellen und mit einander zu vergleichen.

[70] Während also der, welcher schwören zu wollen erklärt hat, beliebig zurücktreten und dieses auf sich beruhen lassen kann, so dass dann an der früheren Sachlage nichts geändert wird, ist der Andere daran gebunden, die Eidsleistung geschehen zu lassen.

[71] Fr. 5. §. ult. *h. t.* fr. 6. *eod.*

[72] Fr. 5. §. ult. fr. 6. 9. §. 1. *h. t.*

Vermögen verfügen zu können[73]. Für Stellvertreter Anderer bei der Verhandlung darüber bedarf es daher einer besonderen Ermächtigung[74]. Dagegen aber bedarf es auf Seiten dessen, der schwören soll, der Handlungsfähigkeit nur soweit, als sie erforderlich ist, um sich Vortheil zu stiften, s. §. 17. B. Bd. I. S. 136., und auch zur Eidsleistung selbst keines höheren Grads derselben, so dass mithin selbst ein Unmündiger dazu befähigt ist[75]. Der Inhalt des Eids muss durch die Vereinigung darüber bestimmt sein, und die Leistung demgemäs geschehen[76], das Beschworene gilt aber auch dann unumstösslich für wahr[77], so dass nicht nur kein Gegenbeweis dawider zuständig, sondern selbst der Beweis des Meineids ohne Erfolg ist[78]. Hiervon macht nur der Schwur über den Inhalt eines Testaments eine Ausnahme; wird nämlich dieses später herbeigeschafft, und ergiebt sich daraus das Gegentheil davon, was beschworen worden ist, so gilt dieses nicht, sondern der wahre Inhalt des Testaments[79]. Uebrigens kommt es nunmehr einzig auf die Frage an, ob geschworen worden, nicht, ob das Beschworene wahr sei. Nur über jene, nicht über diese Frage ist daher eine künftige Verhandlung als möglich denkbar[80]. Wird es daher künftig nöthig, dass sich der, welcher geschworen hat, dass andererseits ein Recht nicht bestehe, gegen neue Versuche, es geltend zu machen vertheidige, so nimmt er aus der geschehenen Leistung des Eids eine vollgültige Einrede her[81]; wird es umgekehrt erforderlich, das Recht, dessen Existenz er beschworen, geltend zu machen, so muss er allerdings die demselben entsprechende Klage erheben, allein zur Begründung derselben bedarf es einzig der Bezugnahme auf die geschehene Eidsleistung[82]. War das beschworene Rechtsverhältniss ein gegenseitiges, so ist dieses dadurch in der Art auch für den Anderen mit festgestellt, dass er die ihm danach zuständigen Rechte wider Den, welcher geschworen hat, ebenfalls lediglich auf den Grund des von diesem geleisteten Eids geltend machen kann[83].

Die praktische Bedeutung dieses Eids ist nicht erloschen, es gehört aber zu den Seltenheiten, dass die Entscheidung eines streitigen Rechtsverhältnisses auf ihn gesetzt wird[84].

D. Die letzte Art einer vergleichsmässigen Beendigung eines streitigen Rechtsverhältnisses[85] ist der schiedsrichterliche Spruch eines Dritten (*arbi-*

[73] Fr. 17. §. 1. fr. 32. fr. 35. §. 1. *h. t.* S. noch fr. 9. §. 4. 5. *h. t.*

[74] C. 7. *de R. C. et jurej.* fr. 17. §. 3. *h. t.*, ausgenommen für den *procurator omnium bonorum.* S. ferner wegen des Vormunds fr. 17. §. 2. *h. t.* und wegen des Verhältnisses der väterlichen Gewalt: 1) fr. 22. *h. t.* fr. 5. §. 2. *de Peculio*, und 2) fr. 26. §. 1. *h. t.*

[75] Fr. 26. pr. *h. t.*

[76] Fr. 3. §. ult. *h. t.*

[77] §. 11. *I. de Action.* fr. 5. §. 2. fr. 9. §. 1. *h. t.*, s. wegen der Ausdehnung des Schwurs rücksichtlich des Inhalts Beispiele in fr. 28. §. 4—9. *h. t.* und wegen Rückwirkung desselben auf andere Ansprüche fr. 28. §. 4. *h. t.*

[78] Fr. 21. 22. *de Dolo*, (*nam sufficit perjurii poena*), fr. 31. in f. *h. t.* vgl. Glück a. a. O. S. 255.

[79] C. ult *h. t.*

[80] Fr. 7. 9. pr. §. 1. *h. t.* vergl. die Stellen der Anm. 67.

[81] §. 4. *I. de Except.* fr. 11. §. 3. in f. *h. t.* (*exceptio jurisjurandi*).

[82] §. 11. *I. de Except.* fr. 7. §. 7. *de Publ. in rem a.*, fr. 9. §. 1. fr. 11. §. 1. 2. 3. fr. 13. §. 3—5. fr. 30. §. 2. *h. t.* c. 8. *de R. C. et jurej.* Nach R. R. wird je nach Umständen theils *in factum actio ad similitud. judicati* angenommen (s. die letzte Stelle), theils die aus dem Rechtsverhältniss selbst als *utilis* (fr. 13. §. 5. *d.*).

[83] Fr. 13. §. 3. 4. 5. fr. 30. §. 5. *h. t.*

[84] Es gilt hier das Nämliche, was §. 99. Anm. 1 a. E. gesagt worden ist. Savigny Syst. Bd. VII. S. 85. (a) hält ihn für unzulässig, unpraktisch und wirkungslos, jedoch ohne deshalb einen Grund anzuführen. Dagegen führt Linde Proz. §. 301. n. 6. ihn nach wie vor als praktisch auf.

[85] In dieser Eigenschaft erscheint das Kompromiss im heut. R. Nach R. R. war der im Kompromiss enthaltene Vertrag nur entweder

trium)[86]. Um diesen herbeizuführen, ist eine doppelte zusammenhängend zu denkende Uebereinkunft erforderlich, erstens die zwischen den streitenden Theilen, ihren Streit auf diese Weise durch eine bestimmte Person beendigen zu lassen, und sich deren Anspruch zu unterwerfen; sie wird Kompromiss genannt[87]; sodann die von beiden danach mit dieser Person geschlossene Uebereinkunft, das sogenannte Receptum, die Entscheidung übernehmen zu wollen[88]. Beide

in Stipulationsform in sofern wirksam, wenn eine Konventionalstrafe hinzugefügt ward, dafern dem Ausspruch des Schiedsrichters nicht Folge geleistet werde, was als Regel anzunehmen ist, oder nur *sententiae stari*, oder *quanti ea res est*, gelobt war, (fr. 11. §. 2. fr. 27. §. 7. fr. 28. *h. t.*) — oder ohne diese Form, wenn der Ausspruch hinterher genehmigt worden, wozu zehntägiges Schweigen für hinreichend erachtet wurde; im letzteren Fall wurde *exceptio* und *in factum actio* ertheilt; wurde die Genehmigung versagt, und war keine Stipulation geschehen, so begründete der Ausspruch nicht einmal eine *exceptio*; s. 1) fr. 2. 11. §. 2. 3. 4. *de Receptis qui arbitr. etc.* fr. 13. §. 1. *eod.* (künftig *h. t.* cit.) c. 1. *eod.* Nov. 82. c. 11. §. 1. 2. c. 4. §. ult. c. 5. pr. *h. t.* S. jedoch eine Ausnahme in fr. 11. §. 3. *h. t.* und auch wohl §. 2. *eod.* Durch die volle Gültigkeit des Vertrags nach heut. R. sind hier sehr wesentliche Aenderungen eingetreten, und eine grosse Zahl römischer Vorschriften völlig erledigt. Vergl. Glück Komm. Bd. VI. S. 73 f. Dagegen sind die Stellen, welche das *committi stipulat.* anerkennen und Folgen daraus ziehen, natürlich für uns in sofern brauchbar, als wir dem ersteren einfach die Wirksamkeit des Kompromissvertrags substituiren.

[86] Dieses ist der römische *arbiter*, welcher jedoch nicht mit dem *a judice datus* bei *arbitrar. actionibus* zu verwechseln ist, c. 5. pr. *init. h. t.*, obwohl zwischen ihnen verwandtschaftliche Beziehungen obwalten, vergl. §. 29. Anm. [44], und ebensowenig mit dem *bonus vir*, welcher ein *arbitrium* in dem Sinn des §. 83. S. 29 ff. ertheilen soll. Der erstere wird daher auch *arbiter compromissarius* oder *receptus*, und in den Quellen *comprom. judex*, oder blos *compromissarius* (fr. 41. c. 5. §. 1. *h. t.*) genannt. Durchaus charakteristisch für diesen ist die Entscheidung einer Streitfrage, ist ihm daher nur eine gutachtliche Vermittelung oder ein Vergleichsversuch übertragen, so ist er kein eigentlicher *arbiter*; fr. 13. §. 2. *h. t.*

[87] Fr. 1. 2. 13. pr. fr. 27. §. 7. 45. *h. t.* s. folg. Anm.

[88] Fr. 13. §. 2. *h. t.* coll. mit dem rubr. tit. Den zweiten Vertrag bedeutet *receptum* ausschliesslich, *compromissum* aber umfasst häufig das ganze Geschäft nach beiden Beziehungen hin, s. z. B. fr. 11. §. 2. in f. fr. 12. *h. t.* u. s. w. Sie sind auch in der That unzertrennlich, und nur in der Frage von ihrem Zustandekommen wegen der erforderlichen Einwilligung verschiedener Personen zu unterscheiden; denn solange dem *compromissum* das *receptum* noch nicht nachgefolgt ist, ist nur ein *pactum* darüber vorhanden, dass ein *receptum* mit dem *arbiter* eingegangen werden solle. Dass dieses (jetzt) klagbar sei, ist zwar nicht zu leugnen, allein für die Klage wird sich schwerlich ein Interesse nachweisen lassen, vgl. folg. Anm.; dagegen wird der exceptionsweise darauf geschehene Bezug, der ungeachtet desselben erhobenen Klage des anderen aus dem streitigen Verhältniss gegenüber gedacht, allerdings die Wirkung haben, dass diese wenigstens zur Zeit zurückgewiesen werden muss. Ganz dasselbe aber gilt auch wieder von dem Fall, wenn Kompromiss und Receptum vollständig abgeschlossen sind, der eine Theil aber sich dann weigert, die erforderlichen Handlungen vorzunehmen, welche zur Vorbereitung des Spruchs noch erforderlich sind. — Dieses *pact. de comprom.* hat in neuerer Zeit bei grösseren industriellen und Handelsassociationen und Instituten, wie Aktiengesellschaften, Banken, Assekuranzen u. s. w., für Streitigkeiten zwischen ihnen und ihren Mitgliedern eine grosse Ausdehnung gewonnen. Wenn aber für den obgedachten Fall, dass sich dabei in Folge geschehener Weigerung ein Interesse schwerlich dürfte berechnen und geltend machen lassen, darauf hingewiesen wird, dass darüber das heutige Prozessrecht durch das Institut der Zwangsexekution hinweghelfe, (s. Entsch. des O.-A.-G. zu Rostock von Buchka und Busse II. S. 284.) d. h. hier durch die Möglichkeit, die von einem dazu verurtheilten Verklagten verweigerte Handlung durch den Richter, resp. einen Anderen vornehmen zu lassen, so scheint mir diese Ausdehnung doch in hohem Grad bedenklich. Niemand wird leugnen, dass nicht alle Handlungen ohne Unterschied auf diese

Verträge haben in ihren Wirkungen, wie auch sonst noch manches Eigenthümliche [89].

Das Kompromiss kann bezüglich aller noch nicht rechtskräftig entschiedener Streitsachen eingegangen werden [90], ausgenommen wegen Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [91], es sei denn, dass sie nur als Zwischenfrage in einem anderen Prozess vorkäme. Die persönliche Fähigkeit, ein Kompromiss einzugehen, ist nach denselben Regeln zu beurtheilen, wie die zum Erlass einer Forderung, und zum Vergleich, wodurch eine solche aufgegeben wird, indem es in der That, nämlich unter einer Bedingung, darauf hinauskommt [92].

Zur Uebernahme eines Receptum sind nicht fähig: ein streitender Theil selbst [93], Taube, Stumme und Wahnsinnige [94], Frauen, ausgenommen die, welche Gerichtsbarkeit haben [95], Personen, die unter zwanzig Jahre alt sind [96]. Vollständig wird übrigens das Receptum, nach nothwendig vorangegangenem Kompromiss, mit der Einwilligung der zum Schiedsrichter ausersehenen Person [97].

Die Verbindlichkeit des Schiedsrichters aus dem Receptum besteht im Allgemeinen darin, die ihm übertragene Sache zu untersuchen und zu entscheiden [98]. In der Entscheidung selbst dürfen ihm keine solche Vorschriften gemacht sein, wodurch er sein eigenes freies Urtheil einem anderen unterordnete [99], allerdings aber können

Weise im Weg der Exekution realisirbar sind, sondern, dass es deren viele giebt, die durchaus die freie Willensäusserung des Verurtheilten erfordern, wenn überhaupt noch von einer „Handlung" des Verurtheilten soll die Rede sein können. Hierher scheint mir nun doch immer der Akt einer Wahl zu gehören. (Vergl. §. 83. Anm. 2.) Wer das nicht zugiebt, müsste also die Procedur für gerechtfertigt erklären, dass der Richter ermächtigt sei, nach fruchtlos gebliebenen Auflagen: „sich über eine gewisse Person als zu konstituirenden Schiedsrichter zu äussern", an Stelle des ungehorsamen Impetraten diese selbst zu ernennen, mit ihr das *receptum* abzuschliessen u. s. w. u. s. w. Hiermit scheint mir dem Richteramt eine Macht beigelegt zu werden, die, konsequent durchgeführt, die sonderbarsten Erscheinungen im Gefolge haben würde.

89 Wenn diese Verträge in Vergleich zu anderen an manchen Unvollkommenheiten ihrer Wirksamkeit und des daraus zu erlangenden Rechtschutzes leiden, sobald die Partheien nicht alle Fragen im Voraus eventualiter bestimmt, und namentlich sich durch Konventionalstrafen gegenseitig und gegen den *arbiter* gesichert haben, so ist dazu die Natur dieser Verträge die Veranlassung, wonach namentlich ein Interesse sich schwer wird berechnen lassen, indem dieses fast ausschliesslich davon abhängt, wie der Spruch ausfallen werde, und dies eben ungewiss ist, solange es sich um ihn handelt.

90 C. 11. *X. de Arbitris.*

91 C. ult. *Ubi et apud quem i. i. rest.* c. 9. *X. de In integr. rest.* Die Beschränkung des fr. 32. §. 7. *h. t.* ist antiquirt.

92 C. 5. *h. t.* vergl. Glück a. a. O. S. 77.; namentlich also gilt das wieder von Bevollmächtigten, Minderjährigen und ihnen gleichstehenden Personen und Vormündern, soweit sie ein obrigkeitliches Dekret zur Veräusserung bedürfen.

93 Fr. 51. *h. t.*

94 Fr. 9. §. 1. *h. t.*

95 C. ult. *h. t.* Die Ausnahme ist kanonischrechtlich, s. c. 4. *X. de Arbitris.*

96 Fr. 41. *h. t.* — Weitere Beschränkungen ausser den obigen finden nicht Statt. Auch der ordentliche Richter (fr. 9. §. 2. *h. t.* spricht vom römischen *judex datus*) ist nicht behindert, das schiedsrichterliche Amt zu übernehmen. Etwas abweichender Ansicht ist Glück a. a. O. S. 71., aber, wie mir scheint, ohne genügenden Grund, indem er das Kompromiss auf den kompetenten Richter nur von der Verfahrungsart verstanden wissen will. Ein solches ist zwar in gewissen Grenzen möglich, allein dann ist es ein blos prozessualisches Kompromiss, welches in den Prozess zu verweisen ist.

97 Fr. 13. §. 2. fr. 21. §. 9. *h. t.*

98 Fr. 3. §. 1. 3. *h. t.*

99 Fr. 17. §. 3. fr. 19. pr. *h. t.*, auch wenn der *arbiter* sich eine solche Vorschrift hat gefallen lassen, ist er dennoch nicht zur Abgabe seines Gutachtens verpflichtet.

ihm, wie der Gegenstand, sein Umfang und die thatsächlichen Fragen selbst bestimmt sein müssen [100], gewisse Normen vorgezeichnet sein, und so denn auch partikulare oder fremde Gesetze, nach welchen er entscheiden soll [101]. Ferner können ihm sowohl rücksichtlich der Untersuchung der Sache, als der Art und Ausübung seiner Thätigkeit gewisse Vorschriften gemacht sein, welche er innehalten muss, wenn sein Ausspruch verbindliche Kraft haben soll [102]. Hierbei versteht sich von selbst, dass, in sofern dem Ausspruch eine Verhandlung der Streitsache vorangehen muss, diese, wenn nichts darüber festgesetzt worden, dem ordentlichen Prozessgang gemäs sei [103]. Die Eröffnung des schiedsrichterlichen Urtheils muss namentlich in Gegenwart der streitenden Theile geschehen, welche der Schiedsrichter dazu vorzuladen hat [104], und zwar dahin, wo das Kompromiss geschlossen worden, wenn nichts Anderes darüber ausgemacht ist [105]. Ist eine Frist bestimmt worden, innerhalb deren der Ausspruch erfolgt sein soll, so sind die Kompromittenten nicht an diesen gebunden, wenn er erst nachher erfolgt ist, sobald dem Schiedsrichter nicht die Befugniss der Vertagung eingeräumt worden [106], oder jene nicht selbst eine solche noch bewilligt haben [107]. Doch steht ihnen frei, den Ausspruch noch jetzt zu verlangen, sobald sie auf den Schiedsrichter von Neuem kompromittiren [108]. Ist keine Frist im Kompromiss bestimmt worden, so kann eine solche unter Zutritt aller Theile festgesetzt [109], oder der Schiedsrichter, nach Vollendung des Verfahrens jeder Zeit zur Ertheilung seines Ausspruchs aufgefordert werden [110]. — Der Ausspruch selbst endlich muss ein ganz bestimmter sein [111], und alle streitige Punkte, sowie was davon abhängt und mit ihnen nothwendig zusammenhängt, umfassen [112], er darf jedoch nicht über den Gegenstand und die Grenzen des Kompromisses hinausgehen [113], auch nichts Unerlaubtes oder Unanständiges enthalten [114].

Wenn mehrere Schiedsrichter ernannt worden sind, so kommt es darauf an, ob dabei beabsichtigt worden, dass auch der Ausspruch eines einzigen bindend sein, oder ob alle zusammen denselben ertheilen sollen [115]. Im ersten Fall gilt der Aus-

[100] Fr. 32. §. 15. *h. t.*

[101] Ist das nicht geschehen, so würde das gemeine Recht zur Richtschnur dienen; man stützt dies auf fr. 1. *h. t.* und wohl nicht mit Unrecht, indem allerdings das *arbitrium* im Allgemeinen eine Nachahmung des *judicium* ist.

[102] So auch, wodurch er seine schiedsrichterliche Ueberzeugung leiten lassen soll, etwa durch einen einzigen Zeugen, Handschlag an Eids Statt u. s. w.

[103] Man folgert dies auch aus dem fr. 1. *h. t.* (*similit. judicior.*), der Vermuthung steht gewiss nichts entgegen. Mit welchem Recht hierbei von Manchen c. 2. *X. de Arbitris* genannt wird, weiss ich nicht.

[104] 1, Fr. 27. §. 4. 5. *h. t.* 2, Fr. 49. §. 1. fr. 32. §. 18. fr. 27. §. 5. fr. 47. pr. §. 1. *h. t.* Im R. R. ist hier überall die Konventionalstrafe als Mittel vorausgesetzt, willkührliches Ausbleiben zu verhindern. Da jetzt auch ohne solche ein Kompromiss vollständig wirksam ist, so muss nach m. E. hier die Analogie von Eröffnung der Erkenntnisse im Prozess Platz ergreifen.

[105] Fr. 21. §. 10. 11. *h. t.* Die Bestimmung kann auch stillschweigend angenommen werden müssen.

[106] Fr. 21. §. 5. in f. fr. 25. §. 1. fr. 32. §. ult. *h. t.*, s. dagegen fr. 50. *eod.* c. 1. *h. t.*

[107] Fr. 50. *h. t.* (*verb.: Alter etc. per arg. e contrario.*)

[108] Fr. 21. §. 5. *h. t.*

[109] Fr. 14. *h. t.*

[110] Fr. 14. *h. t.*

[111] Fr. 19. §. 1. *h. t.* s. ferner Beispiele: fr. 21. §. 1. 3. fr. 32. §. 16. sqq. *h. t.*

[112] Fr. 19. §. 1. fr. 21. (es kommt auch, wenn ihm *plures controversiae* übertragen sind, mit darauf an, *de omnibus simul ut dicat sent. compromissum sit*, *an non*) 43. *h. t.* Vergl. Glück a. a. O. S. 89. f.

[113] Fr. 32. §. 15. 21. *h. t.*

[114] Fr. 21. §. 7. *h. t.*

[115] Fr. 32. §. 13. *h. t.*; es ist hierbei die Klausel: „sammt und, resp. oder sonders“ gewöhnlich und maasgebend; ist nichts ausgemacht, so muss, wenn Mehrere ernannt sind, immer angenommen werden, dass sie zusammen den Ausspruch thun sollen.

spruch dessen, der ihn zuerst eröffnet[116]. Im zweiten müssen alle den Ausspruch gemeinschaftlich abfassen[117]. Entsteht dabei eine Meinungsverschiedenheit, so entscheidet die Stimmenmehrheit[118], und wenn sich eine gleiche Zahl einander gegenübersteht, und die Verschiedenheit nur die Grösse der Summe der Verurtheilung betrifft, so wird die Meinung vorgezogen, welche das geringste Maas ausspricht[119]; dasselbe gilt, wenn eine Mehrzahl von Schiedsrichtern mehr als zwei verschiedene Ansichten über die Grösse der Summe ausspricht[120]. Waltet hingegen bei Stimmengleichheit Meinungsverschiedenheit über den zu beschliessenden Inhalt des Urtheils selbst in anderer Weise vor, so ist ein Obmann (Superarbiter) erforderlich, um diesen Streit zu entscheiden[121]. Ein solcher kann im Kompromiss selbst schon im Voraus ernannt werden, alsdann ist dieser anzugehen[122]; ist das nicht geschehen, so müssen ihn die Schiedsrichter wählen[123]. Sein Ausspruch ist entscheidend[124]. Uebrigens kann den Schiedsrichtern im Kompromiss auch überlassen sein, im Fall der Meinungsverschiedenheit noch eine Person hinzuzunehmen und mit deren Zutritt die Entscheidung zu ertheilen[125].

Um den Schiedsrichter zur Erfüllung seiner Obliegenheit zu nöthigen, ist ein Antrag bei seinem Richter gestattet, ihn durch gewöhnliche richterliche Strafmittel dazu anzuhalten; er kann dagegen die zugleich die Aufhebung des Kompromisses herbeiführenden Befreiungsgründe unter Nr. 6. a. E. geltend machen[126]. Dass eine Klage aus dem Receptum nicht Statt finde, lässt sich nicht sagen, allein es ist nicht leicht denkbar, wie sich ein Interesse an der Ertheilung des schiedsrichterlichen Erkenntnisses solle nachweisen lassen, worauf die Klage doch nur gerichtet sein könnte[127]. Uebrigens kann der Schiedsrichter, wenn er eidlich erhärtet, dass ihm

116 Fr. 32. §. 13. *h. t.*; dass hier Prävention Statt finde, ist eine Nothwendigkeit; vgl. auch Glück a. a. O. S. 80.

117 Fr. 32. §. 13. fr. 17. §. 2. 7. fr. 18. *h. t.* Das kanon. R., c. 2. *de Arbitris* in 6to, hält es für genügend, wenn nur die Mehrzahl gegenwärtig war, die Praxis aber hält fest am R. R., s. Glück a. a. O. S. 80. und die dort Anm. 92 Gen.

118 Fr. 17. §. 6. (*In impari etc.*) 7. fr. 27. §. 3. *h. t.* c. 1. *X. de Arbitris.*

119 C. 1. *de Arbitris* in 6to.

120 Fr. 27. §. 3. *h. t.* (*quia in hanc summam omnes consens.*) c. 1. in 6. *d.*

121 Fr. 17. §. 6. *h. t.* c. 39. *X. de Offic. et potest. jud. deleg.* c. 61. *X. de Appellat.*

122 Fr. 17. §. 5. *h. t.*

123 Fr. 17. §. 6. *h. t.* c. 39. *X. de Offic. et pot. jud. deleg.* c. 61. *X. de Appellat.* vergl. Glück a. a. O. S. 82.

124 Fr. 17. §. 6. in f. *h. t.*, auch wenn er von den beiden anderen Meinungen abweicht.

125 Fr. 17. §. 5. *h. t.* Diese Stelle giebt zu manchen Zweifeln Veranlassung, indem ein solches Kompromiss darin für ungültig erklärt ist, (oder zu sein scheint,) was das kanon. R. in c. 12. *de Arbitris* ausdrücklich anerkennt; die deutsche Praxis hat sich aber, zumal *non valere* nicht wohl: nicht gelten, heissen kann, sondern nur: *sine exitu futurum esse*, (s. §. 6. *ibid.*) nämlich, wenn sich die *arbitri* in der Wahl des Dritten nicht einigen, für dessen Gültigkeit erklärt; vereinigen sich dann die *arbitri* nicht über die Person des *superarbiter*, so wird entweder dem ordentlichen Richter auf gemeinschaftlichen Antrag der Partheien gestattet, einen solchen zu ernennen, oder den Schiedsrichtern bei Strafe aufzugeben, ihn selbst zu wählen, oder die Akten an ein Spruchkollegium zu verschicken; s. Glück a. a. O. S. 82 ff. Dass diese Mittel nicht in allen Fällen ausreichen, ist klar, die Schuld der Unvollkommenheit liegt aber mehr auf Seiten der Kompromittenten, welche durch Beabredung dem hätten zuvorkommen können.

126 Da sich von fr. 9. §. 3. *h. t.* in dieser Form kein Gebrauch machen lässt, und schwerlich dessen Inhalt als eine vom Richter zu beachtende Nothwendigkeit angesehen werden kann, so dürfte dasselbe als antiquirt zu betrachten sein.

127 In vielen Stellen, z. B. fr. 3. §. 1. 2. 3. fr. 32. §. 12. *h. t.* ist die Nöthigung des *arbiter* durch den Prätor *sub mulcta* ausdrücklich anerkannt, und zwar auf eine Weise, dass die Hülfe dadurch als weit kräftiger erscheint, als mittelst nachgelassener Klage, indem der Prätor sich

die Sache noch nicht ganz klar sei, eine neue Frist zur Ertheilung seines Spruchs vom Richter vorgestreckt erhalten [128].

Die Wirkung des dem Kompromiss und Receptum gemäs geschehenen schiedsrichterlichen Ausspruchs ist die Verpflichtung der Partheien durch denselben; der, welcher freigesprochen worden, erhält eine Einrede daraus, und der, welchem ein Recht dadurch zugesprochen ist, eine Klage darauf [129]. Vorausgesetzt ist natürlich, dass der Schiedsrichter sowohl die ihm eingeräumten Grenzen in jeder Beziehung innegehalten, als die ihm sonst obliegenden Pflichten bei seinem Ausspruch beobachtet habe, die Vernachlässigung derselben verursacht dessen Nichtigkeit [130]. Liegt dem Ausspruch ein Dolus zu Grunde [131], wohin namentlich auch gehört, wenn der Schiedsrichter sich durch Feindschaft oder Freundschaft für den einen der streitenden Theile hat leiten lassen [132], so kann daher wider das nachherige Berufen auf den Schiedsspruch eine Exception entnommen werden. Ob aber übrigens derselbe von den darin gestellten thatsächlichen, an sich richtigen und dem Kompromiss gemäsen Voraussetzungen aus innerlich begründet sei, oder nicht, ob billig oder unbillig, darauf kommt nichts an; natürlich aber darf nichts rechtlich Unmögliches, nichts einer vorhandenen rechtskräftigen Entscheidung Zuwiderlaufendes oder sonst Verkehrtes, und nichts dem Zweck des Kompromisses überhaupt Nichtentsprechendes darin angeordnet werden [133]. Uebrigens aber behält es dabei sein unabänder-

das *cogere* zu einer Amtspflicht macht. Von einer Klage ist in den römischen Quellen keine Spur zu finden. Da das *receptum* nur ein *pactum nudum* war, (s. Glück a. a. O. S. 74 f.) so ist eine solche auch nicht anzunehmen. Wenn man nun für das heutige Recht unmittelbar aus jener Vorschrift herleitet, dass jetzt auch nur „eine blosse Imploration" an den ordentlichen Richter des *arbiter* zu geschehen brauche, um denselben durch gewöhnliche Strafmaasregeln dazu anzuhalten, s. dens. S. 88. und die dort Gen., so gebe ich zwar zu, dass diese Maxime in den Quellenzeugnissen einen hinreichenden Anhalt finde, nur muss ohne Zweifel ein prozessualisches Verfahren vorangehen, und die Auflage wird doch immer mehr oder weniger den Charakter eines Urtheils an sich tragen. Die Strafen dabei werden meist in Geldstrafen bestehen, den entschiedenen Widerstand aber doch nicht zu überwinden vermögen. Durch die nach heutigem R. auch für das Receptum anzuerkennende Wirksamkeit als Vertrag ist ohne Zweifel auch die Klagbarkeit, und zwar auf das Interesse rechtlich möglich geworden; allein wie oft wird ein solches nachgewiesen werden können? In sofern das möglich ist, muss allerdings auch die Klage für gegründet erachtet werden.

128 Fr. 13. §. ult. *h. t.*

129 Vergl. Glück a. a. O. S. 93 ff. Dort auch über die von vielen Praktikern, aber unter Widerspruch zahlreicher anderer, behauptete Zulässigkeit einer sog. aussergerichtlichen Berufung wider den Ausspruch des Schiedsrichters an den ordentlichen Richter. Wird es nöthig, den schiedsrichterlichen Ausspruch geltend zu machen, so vertritt dieser die Grundlage des Rechtsverhältnisses, wie der Vergleich und Eid; man pflegt daher von einer Klage *ex compromisso* zu sprechen. Ders. S. 100 ff.

130 S. z. B. fr. 21. §. 4. *h. t.* vergl. ferner die Stellen der Anm. 111, 114. Darum kann auch beim *arbiter* keine Widerklage angebracht werden c. 6. X. *de Arbitris.*

131 C. 3. *h. t.*; ist der Fall von der Art, dass der Gegner darauf einen dolosen Einfluss geübt hat, so kann auch gegen ihn der *dolus* geltend gemacht werden, s. dieselbe Stelle und fr. 31. *h. t.*

132 C. 3. *h. t.*

133 Es pflegen hier von Aelteren eine Anzahl von Beschränkungen aufgestellt zu werden, deren Vernachlässigung das schiedsrichterliche Urtheil nichtig mache, vergl. Glück a. a. O. S. 99. Was nun 1) die betrifft, dass durch dasselbe ein rechtskräftiges richterliches Erkenntniss nicht angetastet werden dürfe, so steht sie nach c. 11. *X. de Arbitris* allerdings fest. 2) Die, dass keine wesentlichen Bestandtheile des Verfahrens und der von den Partheien vorgeschriebenen Form vernachlässigt werden dürfen, ist richtig, allein die Ungültigkeit eines trotz dem ertheilten *arbitrii* beruht dann in der Ueberschreitung der durch das

liches Bewenden, so dass der Schiedsrichter den Ausspruch auch selbst nicht zurücknehmen noch verbessern kann[134], denn mit Ertheilung desselben ist sein Amt geendet, und das Recht der Partheien begründet. Ist für den Fall, dass die eine oder die andere Parthei dem Kompromiss zuwiderhandeln, oder sich dem schiedsrichterlichen Ausspruch nicht unterwerfen werde, eine Konventionalstrafe beabredet worden, so kommen, sobald jener nur als bindend erscheint, die Regeln von dieser zur Anwendung (s. §. 88.)[135]. Sie ist immer, sobald nicht das Gegentheil aus-

Kompromiss gezogenen Grenzen, innerhalb deren auch die Beobachtung des ersteren liegt, soweit es unerlässlich ist, um eine Grundlage zu gewinnen. 3) Mit Unrecht ist Nichtigkeit wegen einer *laesio enormissima* behauptet worden, s. die unter 4) cit. Stellen. Im R. A. von 1596. §. 66. ist nur von Kompromissen an das Reichs-Kammergericht und von Revision dawider die Rede; vergl. noch Glück a. a. O. S. 99. und die dort Anm. [76] Gen. — 4) Für die Behauptung endlich, dass Nichtigkeit dann eintrete, „wenn das *arbitrium* auf einem falschen Grunde beruhe, und wenn gegen ein klar entscheidendes Gesetz,“ welche Glück a. a. O. mit einigen Wenigen (Lauterbach, Stryk, Meyer — *colleg. argentorat.* — und Schaumburg) aufstellt, kommen zuvörderst die direkt sprechenden Stellen: fr. 19. pr. 20. 27. §. 2. *h. t.* u. s. w. 76. *Pro socio*, in Betracht; sie sagen: *qualem sententiam dicat arbiter*, *aequam sive iniquam*, sei einerlei, *dummodo dicat, quod ipsi videtur*, *etsi erraverit in sent. dicenda*, *et sibi imputet*, *qui compromisit*, *et vel minus probabilem sentent. aequo animo ferre debet*. Diese Stellen sind anscheinend der Behauptung gerade entgegen; demnächst erschöpft diese das Gebiet der hier möglichen Fragen bei weitem nicht, welches ich aber auch von Anderen noch nicht beschritten finde. Mir scheinen besonders folgende Punkte hervorgehoben werden zu müssen. a. Mit Sicherheit ist vorerst anzunehmen, dass der Spruch nichts rechtlich Unmögliches enthalten dürfe, denn er würde dadurch etwas zu Recht erheben, was dies nicht sein kann und soll. b. Sind Rechtssätze von bestimmter Art dem *arbiter* vorgeschrieben, partikulare oder fremde, so würde natürlich nicht nach anderen gerichtet werden dürfen, das liegt in dem Umfang des Kompromisses, den dieses dem *arbitrio* einräumt. Allein dies darf nach m. E. nur so verstanden werden, dass der *arbiter* nicht ausdrücklich andere befolgen, sondern die Absicht durchblicken muss, jene anzuwenden. c. Ob er aber darin das Richtige trifft, oder anwendet, sowie ob die thatsächliche Beurtheilung ihnen entsprechend ist, das ist ebenso gleichgültig, wie seine Art der Anwendung des gemeinen Rechts; hier greifen die cit. Stellen mit ihren allgemeinen Regeln ein. d. Diese Willkühr ist freilich nicht so zu verstehen, als dürfe der *arbiter* jede beliebige Verkehrtheit anordnen, sondern es muss eben der Streit wirklich entschieden, fr. 19. §. 1. fr. 32. §. 16. *h. t.* und nichts Anderes eingemischt werden, und der Spruch also dem Zweck entsprechen. Dass jene allgemein redenden Stellen auch nur so verstanden sein wollen, beweisen diese Beispiele aus dem Titel *de Receptis*, s. fr. 32. §. 15. 16. 17. 20. fr. 42. 46. *h. t.* ferner c. 2. 3. *h. t.* — Hierauf ist der Satz des Textes gegründet. Ein weitgreifender und wichtiger Punkt darin ist das Erforderniss, dass die thatsächlichen Voraussetzungen, von welchen der *arbiter* ausgeht, an sich richtig und kompromissgemäs sein müssen. Die letztere Eigenschaft unterliegt keinem Bedenken. Aber auch die erstere ist ohne Zweifel für wohlbegründet zu erachten; denn sie ist ebenfalls nur kompromissgemäs.

[134] Fr. 19. §. 2. fr. 20. 21. *h. t.* Es findet auch namentlich kein Rechtsmittel irgend einer Art dagegen Statt; Alles, was man darüber gesagt und geglaubt hat, ist ohne Grund und auch in der Praxis nur vereinzelt vorgekommen, vergl. Glück a. a. O. S. 94 ff.

[135] Die Frage namentlich, ob die Strafe immer ausser dem Inhalt des Schiedsspruchs geltend gemacht werden könne (s. S. 116 ff.), mögte für den dadurch von einem Anspruch Freigesprochenen, oder den, wer daraus überhaupt nur einen Vertheidigungsgrund gegen einen Anspruch hernehmen kann, im Zweifel stets zu bejahen sein, da dies in der Absicht gelegen haben wird; rücksichtlich der Leistung eines Verurtheilten aber würden einfach die dort entwickelten Grundsätze zur Anwendung kommen müssen. (Vergl. noch die bei Glück a. a. O. S. 98. [68] Gen.) Ist demgemäs anzunehmen, dass nur die Strafe soll gefordert werden können, so kann, da diese nach m. E. also dann als Surrogat des Interesses erscheint, auch nicht mehr der frühere Anspruch geltend gemacht werden, wie dies nach R. R. möglich

drücklich ausgemacht worden, für jede Art des Zuwiderhandelns als bestimmt anzusehen, betreffe es die nöthige Vorbereitung zum schiedsrichterlichen Spruch, also wenn der Eine denselben überhaupt verhindert, und wenn er, ohne ihn abzuwarten, den Rechtsweg beschreitet, oder die Unterwerfung unter denselben [136].

Es giebt eine Zahl eigenthümlicher Aufhebungsarten der durch das Kompromiss und das Receptum begründeten Verhältnisse. Sie erlöschen nämlich 1) durch den Tod der einen Parthei vor Ertheilung des Spruchs, sobald nicht das Kompromiss ausdrücklich auch auf die Erben beider Theile ausgedehnt worden [137], sowie dadurch, wenn sie in Wahnsinn [138] oder in Konkurs [139] verfällt; 2) durch den Tod des Schiedsrichters [140] oder eines von mehreren [141]; 3) wie schon vorgedacht, durch Ablauf der Frist für die Ertheilung des Spruchs, ohne dass ein solcher erfolgt ist [142]; 3) durch die Ertheilung eines ungültigen Ausspruchs [143]; 4) wenn der Schiedsrichter gar nicht vermogt werden kann, dazu zu schreiten [144]; 5) durch den Rücktritt eines Kompromittenten wegen entstandener Feindschaft mit dem Schiedsrichter [145]; 6) durch Befreiung desselben von der Nothwendigkeit, den Ausspruch zu

war, wo das Kompromiss immer nur *si sententiae non statur poenae petition.* gewährt, fr. 2. *h. t.*, und auf die dem *arbitrio jud.* unterworfene Rechtssache keinen Einfluss weiter äussert, c. 1. *h. t.*

136 Im Edikt des Prätors (fr. 3. §. 2. fr. 11. §. 2. *h. t.*) ist die Strafe als dergestalt beabredet vorausgesetzt, *si quis arbitri sententiae non steterit*, (nach der Erklärung fr. 23. §. 2. *h. t. id agere quantum in ipso sit, ut arbitri pareatur sententiae,*) aber durch mittelbare oder unmittelbare Verhinderung derselben schon als *commissa* anerkannt, fr. 27. §. 4. 6. fr. 30. *h. t.* c. 2. *h. t.* (Entschuldigungsgründe gegen die erstere s. fr. 21. §. 8. ssq.) Die Fassung, welche heutzutage einer Konventionalstrafe in dieser Verbindung zu geben wäre, würde nur entweder darauf hinauskommen, wenn dem Kompromiss überhaupt, was also die Verpflichtung zur Unterwerfung unter das *arbitrium* mit umfasst, oder wenn dem Ausspruch zuwidergehandelt werden sollte. Auch im letzteren Fall würde jedoch die gedachte Auslegung der Quellenzeugnisse darüber anzunehmen sein, und es somit immer auf Eins hinauskommen. Dass hier auch noch besondere Bestimmungen getroffen sein können, versteht sich von selbst. Was demnächst noch im Besonderen den Ungehorsam gegen den Inhalt des schiedsrichterlichen Ausspruchs betrifft, (auch von Seiten der Erben der Kompromittenten, fr. 37. *h. t.*) so gehört dahin wiederum: 1) die gerichtliche Verfolgung eines für ungegründet anerkannten Anspruchs, fr. 29. *h. t.* 2) Unterlassung der Erfüllung dessen, wozu man verurtheilt worden. Ist dabei eine Zeit bestimmt worden, so verfällt die Strafe mit deren fruchtlosem Ablauf; wird die Leistung noch nachher angenommen, so ist dadurch *exc. doli* wider die Forderung der Strafe begründet, fr. 23. pr. *h. t.* Fehlt es an einer Fristbestimmung, so soll ein *modicum tempus* dazu angenommen und dann geklagt werden können; fr. 21. §. 12. *h. t.* Dagegen verfällt die Strafe nicht, wenn die Annahme jener vom Gläubiger verzögert wird, fr. 23. §. 3. *h. t.*, s. noch *ib.* §. 1. u. fr. 24. *eod.* Uebrigens wird die Strafe immer noch durch Leistung *ante acceptum judic.* abgewendet, wenn der Gläubiger nicht an der rechtzeitigen Leistung ein solches Interesse hatte, dass dieselbe ihm jetzt nichts mehr nützt, fr. 21. §. ult. fr. 22. 52. *h. t.* Die letzte Stelle, welche sich unbedingt ausspricht, kann natürlich nur unter der in der vorherigen ausdrücklich gestellten Voraussetzung verstanden werden.

137 1) Fr. 27. §. 1. fr. 32. §. 3. 2) fr. 49. §. 2. *h. t.* c. ult. *X. de Arbitr.* Stirbt einer von mehreren Streitgenossen, so wird das Kompromiss nur zu seinem Theil unwirksam, arg. fr. 29. *de V. O.*, ausser, wenn der Gegenstand untheilbar ist. Vergl. Glück a. a. O. S. 103. 92).

138 Fr. 47. §. 1. fr. 48. 49. pr. *h. t.*

139 Fr. 17. pr. *h. t.*

140 Fr. 45. *h. t.* vergl. §. 106. I. 2. b.

141 C. 50. *X. de Testibus*, und zwar müssen alle zur Zeit der Publikation noch am Leben sein. Vergl. Glück a. a. O. S. 102. besonders wegen moralischer Personen.

142 Fr. 21. §. 8. fr. 32. §. 3. *h. t.*

143 Denn der *arbiter* kann nun keinen anderweiten Ausspruch ertheilen.

144 Dieser Grund versteht sich von selbst, s. auch Puchta §. 296.

145 Fr. 32. §. 14. *h. t.* Die Förmlichkeit der

ertheilen; diese entsteht: durch nachmals eintretende Krankheit und Altersschwäche, Uebernahme eines öffentlichen Amts, Feindschaft mit einem der Kompromittenten und eigene dringende Privatgeschäfte, welche ihn gänzlich daran hindern, und nicht blos vorübergehend[146], Kränkung und Beschimpfung desselben durch eine der Partheien[147], ferner wenn die Partheien einen Anderen zum Schiedsrichter bestellt haben[148], endlich, wenn für die Partheien alles Interesse an der schiedsrichterlichen Entscheidung wegfällt[149]. — Dass das Receptum allemal sich erledigt, wenn das Kompromiss aufgehoben wird, versteht sich von selbst.

E. Eine eigenthümliche Aufhebungsart der Forderungen ist die Verwirkung derselben zur Strafe des Gläubigers. Diese tritt in folgenden Fällen ein: 1) wegen verbotener Selbsthülfe bezüglich einer Forderung, s. §. 28. Anm. 11.; 2) wegen verbotener Abtretung der Forderung; darüber das Weitere in der Lehre von der Cession; 3) wegen Uebernahme der Vormundschaft über den Schuldner unter Verheimlichung der Forderung[150].

Eine solche Strafe trifft jedoch nicht den naturalen Bestand der Forderung, sondern diese bleibt als Naturalobligation wirksam[151].

Entspringt die Forderung, welche aufgehoben wird, aus einem gegenseitigen Vertrag, so kann dennoch derjenige Theil, welcher auf diese Weise frei wird, seine eigene Forderung nicht geltend machen, ohne seine Gegenleistung; die Strafe zeigt sich also hier nur in sofern wirksam, als der, den sie trifft, das, was er bereits geleistet hat, nicht zurückfordern kann[152].

F. Der letzte hier zu behandelnde Aufhebungsgrund der Forderungen ist von einer eigenthümlichen und beschränkten Art. Wenn nämlich der Gläubiger eine bestimmte Sache aus mehreren lukrativen Erwerbgründen zu fordern hat, so erlöschen sämmtliche übrige Forderungen, sobald er die Sache selbst aus einem dieser Gründe unwiderruflich zum Eigenthum erhalten hat[153]. Er fliesst wahrscheinlich, gleich mehreren Begünstigungen der Schuldner aus lukrativen Geschäften, aus einer nachsichtigeren Beurtheilung dieser[154], im Vergleich zu solchen Leistungen, die einen Austausch von Vermögensobjekten begreifen. Die darin enthaltenen Voraussetzungen sind im Folgenden näher zu legen:

1. Die Erwerbgründe, welche hier zusammentreffen können, sind: Schenkung[155], Vermächtniss[156], Fideikommiss[157], Erbschaft[158], letztwillige Zuwendung jeder anderen Art[159] und Ersitzung[160]. Sollen sie diese Wirkung haben, so müssen sie in

conventio testationibus ist als veraltet zu betrachten.

146 Fr. 15. 16. pr. *h. t.*

147 Fr. 9. §. 4. fr. 11. pr. *h. t.*

148 Fr. 9. §. 5. *h. t.*

149 Fr. 32. §. 5. *h. t.* namentlich durch Beendigung des Streits auf andere Weise, oder stillschweigende Aufhebung des Kompromisses.

150 Nov. 72. c. 1. 2. 4. Nach R. R. bestand in Nov. 32. noch ein vierter Fall, wegen wucherlichen Darlehns an Landleute. Dieser ist nach der Reichspolizei-Ordnung von 1577. XVII. 8, antiquirt, wonach fiskalische Strafe eintritt; vergl. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 510.

151 Fr. 19. pr. *de Condict. indeb.*, wegen c. 23. *Mandati* vgl. Unterholzner a. a. O. S. 511. c).

152 Fr. 50. *de A. E.*

153 Fr. 17. *de O. et A.* fr. 83. §. 6. *de V. O.* fr. 61. *de Solut.* §. 6. *I. de Legat.*

154 Vergl. W. Sell über die röm.-rechtliche Aufheb. d. Obl. durch *concurs. duar. lucr. causs.* S. 5 ff. dort auch S. 12 ff. die zahlreichen Quellenzeugnisse, welche dieses Grunds gedenken, gesammelt, und die Vermuthungen über seinen Ursprung.

155 §. 6. *I. de Legat.*

156 Fr. 108. §. 4. *de Leg.* I. und viele andere Stellen.

157 Fr. 21. §. 1. *de Legat. III.*

158 Fr. 83. §. 6. *de V. O.* c. un. *de Imponenda lucrat. descript.* vergl. Sell a. a. O. S. 21. 2.

159 C. un. *d.* (*mortis causa donation. vel cujuslibet postremae voluntat. arbitrio*).

160 Fr. 82. §. 1. *de Legat.* I. Es erhellt also,

der That eine Bereicherung des Gläubigers enthalten[161], welche allerdings nicht blos rein, sondern auch gemischt hervortreten kann, und dann nur soweit wirkt, als sie reicht[162].

2. Ob die verschiedenen Erwerbgründe in der Person des Gläubigers, gegen welchen die Regel zur Anwendung gebracht werden soll, ursprünglich entstanden, oder die daraus erwachsenen Ansprüche schon für Andere entsprungen und nachher auf ihn übergegangen sind, ist einerlei[163].

3. Es handelt sich hier nur um mehrere Ansprüche auf eine und dieselbe bestimmte Sache[164], mithin sind Forderungen blosser Quantitäten, oder nur der Gattung nach bestimmter Sachen, oder unbestimmter Theile, oder alternative, der Aufhebung durch ein Zusammentreffen der hier gemeinten Art enthoben[165].

4. An dieser Sache nun muss der Gläubiger das Eigenthum erworben haben; Besitz daran ist nur soweit nöthig, als das Eigenthum ohne ihn nicht entstehen kann[166]. Der Erwerb muss unwiderruflich und fest geschehen sein, weshalb also natürlich, wenn der Anspruch darauf sich nicht realisiren lässt, oder gar ungültig ist, oder der Erwerb durch eine Resolutivbedingung, oder einen Endtermin, oder Entwährung, oder sonst irgend einen anderen Grund wieder aufgehoben wird, die Wirkung desselben auf die Forderung ausbleibt[167]. Ist dem Gläubiger nur der Werth der Sache anstatt dieser in Natur zu Theil geworden, so erlöschen andere Forderungen auf dieselbe ebenfalls nicht[168].

dass der Erwerbgrund nicht nothwendig eine Forderung zu sein brauche, indessen ist deshalb in dem Hauptsatz die Hervorhebung der Eigenschaft eines Gläubigers für die Person, in welcher die mehrartigen Ansprüche zusammentreffen, nicht etwa für unrichtig zu halten, denn im umgekehrten Fall, also wenn Jemand z. B. auf den gedachten Grund hin Eigenthum geltend macht, und hinterher z. B. aus einer Schenkung die Sache empfängt, wird das Eigenthum nicht aufgehoben, sondern die Klage erledigt sich vielmehr nothwendig darum, weil sich jener nun in der vollständigen Anerkennung und Ausübung seines Rechts befindet.

[161] Nicht hierher gehört es also, wenn der Erwerb mit irgend einer Gegenleistung geschehen ist, §. 6. *I. de Leg.*; soweit jedoch nur eine Belastung den Erwerb durch Schenkung oder Vermächtniss begleitet, ohne dass dieser dadurch ein oneroser wird, ist Anspruch auf deren Ersatz begründet, s. Anm. [162] z. A. u. vgl. *Schrader Comm. ad §. I. d. verba: et fundam. etc.*

[162] S. z. B. fr. 13. §. 5. *de A. E. V.* vergl. mit fr. 34. §. 7. 8. fr. 82. §. 2. 3. *de Leg.* I.; bei einer Konkurrenz der Art, dass die Forderung aus dem einen Grunde weniger in sich begreift, wie aus dem anderen, bleibt die auf das Mehr, *quantum mihi aberit*, bestehen, wenn der ersteren genügt worden, umgekehrt erlischt diese; fr. 56. §. 7. fr. 58. *de V. O.* Nicht für *caussae lucrativae* sind erachtet die Bestellung einer *dos* von Seiten Dritter in Bezug auf den Ehemann, fr. 19. *de O. et A.* fr. 8. §. 13. *Quib. mod. pign.* fr. 47. pr. *Mandati*, wohl aber für die Frau, c. 20. *de Donat. ante nupt.* c. 31. 33. in f. *de J. D.*, ferner nicht der *partus* des Viehs, fr. 82. §. 4. *de Leg.* I. fr. 73. *de Leg.* II. fr. 12. §. 18. *de Captiv.* Vergl. noch Sell S. 54 ff.

[163] Fr. 17. *de O. et A.* vergl. überh. und wegen fr. 18. *eod.* im Besonderen Sell a. a. O. S. 38 ff.

[164] Es wird auch in den Quellen meist *species*, oder als gleichbedeutend *res* gebraucht, vergl. dens. S. 45 f.

[165] Diese Folge, welche sich von selbst versteht, hat Sell a. a. O. S. 117—178. noch ausserdem nachgewiesen.

[166] §. 6. *I. de Legat.* fr. 98. pr. *de V. O.* fr. 87. pr. *de Leg.* II. fr. 82. §. 6. in f. *de Leg.* I. vergl. dens. S. 47 f.

[167] 1) Fr. 108. §. 6. *de Leg.* I. Hier ist eine Ueberschuldung des Erblassers der Sache vorausgesetzt, ganz gleich würde es sein, wenn die Sache durch die *in rem a.* nicht zu erlangen ist, s. noch folg. Anm. 2) Fr. 109. pr. *eod.* 3) Fr. 82. pr. §. 1. fr. 108. §. 5. *de Leg.* I. vergl. überh. Sell a. a. O. S. 51 ff. Konkurriren ein bedingter und ein unbedingter Erwerbgrund, so hebt der Erwerb aus dem letzteren die Forderung aus dem ersteren natürlich total auf, fr. 98. pr. *de V. O.*

[168] §. 6. *I. de Legat.* vergl. dens. S. 61 ff.

5. Bei der Regel ist vorausgesetzt, dass die mehreren Forderungen gegen verschiedene Personen als Schuldner gerichtet seien, die dies aus verschiedenen Geschäften geworden sind. Denn, wenn dieselbe Person mehrmals dieselbe Sache lukrativer Weise verspricht, oder letztwillig zuwendet, so ist das immer nur eine Wiederholung derselben Absicht; es bestehen nicht mehrere, sondern nur Ein Verhältniss, und also ist überhaupt nur ein einziger Gegenstand desselben auch in rechtlicher Hinsicht und nicht blos thatsächlich vorhanden [169]. Es gehören also dazu, um sie zur Anwendung zu bringen, entweder mehrere Personen oder mehrere letztwillige Verordnungen verschiedener Personen, oder von jeder Art von Geschäften eins [170]. Zwar ist die Möglichkeit der Absicht nicht zu leugnen, dem Gläubiger auch noch den Werth einer Sache zuzuwenden, die ihm in Natur schon anderweit zu Theil werden soll, allein das kann niemals vermuthet werden, sondern würde besonders zu erweisen sein [171]. Uebrigens erscheinen hier bei zusammentreffenden letztwilligen Verfügungen des Erblassers und des Erben diese beide wie Eine Person, während andererseits durch Beerbung in einer und derselben Person mehrere Verpflichtungen aus verschiedenartigen Geschäften zusammentreffen können [172].

Die Wirkung, welche die feste Erlangung des Eigenthums unter den gedachten Umständen herbeiführt, ist die vollständige Aufhebung der Forderung, wie durch Zahlung [173]. Indessen verhält es sich mit deren Eintritt, in Betracht des vorher unter Nr. 4. erörterten Erfordernisses, so, dass, so lange sich dasselbe noch nicht definitiv festgestellt hat, die Wirkung in der That nicht eintritt, sondern noch obschwebend bleibt. Nichts desto weniger aber kann sie vom Schuldner zu seiner Vertheidigung, so lange ein Gegengrund der Art nicht positiv feststeht, benutzt

[169] Möglich ist, dass das eine Geschäft wirksamer oder vortheilhafter erscheint, als das andere, oder gar allein gültig ist, so dass daraus im Besonderen der Anspruch erhoben wird, dennoch bleibt immer der obige Satz wahr, s. wegen Verträge fr. 18. *de V. O.* und vergl. §. 99. bei und in Anm. [13] und Sell a. a. O. S. 90 ff., und wegen letztwilliger Zuwendungen fr. 66. §. 5. in f. *de Leg.* II. fr. 34. §. 1. fr. 81. §. 7. fr. 86. §. 1. (wonach es auch einerlei ist, wenn erst eine und dann mehrere Personen onerirt sind), *de Legat.* I. vergl. Sell a. a. O. S. 74 ff., auch die Testamente des Erblassers und des Erben gelten hier für von Einer Person ausgegangene Verfügungen, fr. 84. §. 2. *de Leg.* I. Auf dasselbe kommt es hinaus, wenn Jemand in beiderlei Arten von Geschäften die Verpflichtung begründet, s. dens. S. 78. Das Gegentheil würde in allen diesen Fällen nur dann angenommen werden können, wenn ausdrücklich einmal die Sache selbst, und dann ihr Werth gemeint wäre, fr. 42. in f. *de Usufr.* fr. 29. *de J. D.* fr. 34. §. 3. *de Leg.* I. S. noch dens. S. 83 ff. über eine Anzahl hiernach zu erklärender Gesetzstellen, welche sonst mit dem Hauptsatz in Widerspruch stehen müssten, und gegen einige Zweifel Rosshirt's in dessen Zeitschrift Bd. II. S. 26.

[170] S. 1) fr. 56. §. 7. *de V. O.* vergl. Sell a. a. O. S. 107 ff. 2) §. 6. *I. de Leg.* fr. 66. §. 1. *de Leg.* II. fr. 108. §. 5. *de Leg.* I. fr. 21. §. 1. *de Leg.* III. vergl. dens. a. a. O. S. 100 f. Wegen fr. 34. §. (1.) 2. und 7. und 8. *de Legat.* I. s. dens. S. 112 ff. und die dort S. 115. Gen. Soviel ist klar, dass Ulpianus sich nicht in diesen §§. derselben Stelle widersprochen haben kann, daher ist der §. 2. offenbar davon zu verstehen, dass zuerst aus dem einen Testament die *aestimatio* gegeben und dann aus dem anderen die legirte Sache selbst gefordert wurde; mithin ist dieser §. nur ungenauer gefasst, als §. 6. *I. de Legat.*, wie Schrader im Komm. zum letzteren, *verb.: hac ratione*, sagt. 3) *Arg. e contr.* des fr. 108. §. 1. und 4. *de Leg.* I. vergl. noch dens. S. 107.

[171] Fr. 21. §. 1. *de Leg.* III.

[172] Im ersten Fall ist also dann kein eigentlicher *concurs. duar. lucr. causs.* vorhanden, sondern nur Eine Disposition, fr. 84. §. 2. *de Leg.* I. vergl. Sell a. a. O. S. 78. und 95. [2] und 105. [2], im zweiten Fall hingegen allerdings und zwei Dispositionen, fr. 108. §. 4. *de Leg.* I. s. dens. S. 104 f.

[173] Es kommen dafür die entscheidendsten Ausdrücke vor, wie *evanescere*, *extingui*, *perimi* u. s. w., s. z. B. fr. 83. §. 6. fr. 98. pr. *de V. O.* fr. 21. §. 1. *de Legat.* III.

werden, und so kann denn dieser Vertheidigungsgrund unter Umständen auch nur eine zeitweilige Wirkung haben, die sich andererseits dann wieder in eine definitive verwandeln kann[174].

[174] Dies folgt nothwendig aus den Stellen der Anmm. [166], [167], [168] und fr. 83. §. 6. *de V. O.*, auch ist in fr. 82. pr. *de Leg.* I. ausdrücklich gesagt, dass erst *existente conditione ex stipulatu agi possit*, bei Sell finde ich dieses, obwohl er sonst den Gegenstand nach allen Details hin erschöpft, nicht hervorgehoben. Allerdings aber wird diese Folge vorzüglich nur bei den lukrativen Erwerbgründen aus letztwilligen Verfügungen Platz ergreifen, indem bei diesen Eigenthum ohne Tradition als entstanden angesehen wird, bei Geschäften *inter vivos* aber, wo diese dazu nicht fehlen kann, s. z. B. fr. 56. §. 7. *de V. O.*, nicht leicht vorkommen, sondern etwa nur bei geschehener Eviktion u. s. w. Es ist daher auch möglich, dass der Erwerb vorläufig als definitiv geschehen erscheint, und nachher zurückgeht, dann also auch die Wirkung des *concurs. duar. l. c.* wieder wegfällt, vergl. fr. 82. pr. §. 1. *de Leg.* I. Natürlich darf aber von dem, wer sich auf den *concurs.* zu seinem Schutz beruft, nicht verlangt werden, dass er diese negativen Eigenschaften des erworbenen Eigenthums beweise, oder nur behaupte, sondern dies würde Sache des klagenden Gläubigers sein, denn sobald die Voraussetzungen der Wirkung im Allgemeinen feststehen, muss auch die letztere angenommen werden, bis besondere Gründe nachgewiesen sind, aus denen erstere nicht vollständig zutreffen. Aber auch wenn z. B. also in einem Prozess um eine geschenkte Sache dem Einwand, der Kläger habe sie schon *ex testam.*, andererseits entgegnet würde, das Legat hänge noch von einer Resolutivbedingung ab, so kann der *concursus d. l. c.* vor deren Ausfall freilich nicht definitiv entscheidend sein, nichts desto weniger aber ist auch eine Verurtheilung *ex donatione* unmöglich, sondern hier kann der Einwand nach unseren Begriffen nur ein dilatorischer sein, und das Weitere wird der Zukunft überlassen bleiben müssen.

VIERTES KAPITEL.

Die einzelnen Arten der Obligationen.

ERSTE ABTHEILUNG.

Obligationen aus Verträgen und ihnen ähnlichen Verhältnissen.

A. *Aus rein einseitigen.*

§. 108.

Das Darlehn.

Beim Beginn dieses Kapitels ist auf den ganzen Inhalt des §. 95. und Anm. 1. dazu zurückzuweisen. Dort ist der Grund dargelegt, aus welchem das System der Obligationsarten des praktischen Civilrechts so angelegt worden, wie es in diesem Kapitel folgt. Im Besonderen aber ist wiederholt daran zu erinnern, dass in demselben nicht alle ausgebildete Obligationsarten vorgetragen werden, sondern alle diejenigen nicht, welche aus besonderen Gründen theils anderen Rechtstheilen, theils anderen Kapiteln dieses Buchs zu überlassen waren. Die grosse Mehrzahl dieser gehört zu den Verträgen, und zwar in allen dreien der folgenden Unterabtheilungen A. B. und C.[1]; eine andere zu der dritten Abtheilung, den Obligationen aus zufälligen Gründen[2]. Es ist ferner für die Unterabtheilungen der ersten Ab-

[1] Um den Wiederholungen künftig überhoben zu sein, sollen hier beispielsweise völlig ausgebildete Vertragsarten aufgezählt werden, welche nicht in diesem Kapitel, sondern aus überwiegenden Gründen anderwärts dargestellt sind. Also zu *A.* rein einseitige, z. B. die freiwillige Sicherheitsbestellung, s. §. 35. I. z. A. das Constitutum, s. §. 99. III. der Reuvertrag, die in *diem addictio* und der kommissorische Vertrag, §. 101. I. der Zinsvertrag, §. 87. II. a. der Verpfändungsvertrag, §. 71. II. A. a, (die nothwendige Voraussetzung der Hauptschuld zur Möglichkeit der beiden letztgenannten verleiht ihnen fast den Anstrich von gegenseitigen Obl.) das *Pact. reservati dominii*, §. 49. I. a. E. u. s. w. Zu den den Verträgen nachgebildeten Obl. dieser Art gehört z. B. die aus dem Erbantritt und der Annahme letztwilliger Verfügungen. Zu *B.* gehört z. B. der Pfandkontrakt, s. §. 71. II. A. b), und zu den diesen nachgebildeten die Obligation zwischen Vormund und Mündel, und die diesen ähnlichen zwischen anderen Personen auf den Grund selbstständiger Verwaltung fremden Vermögens, einschliesslich der aus der Obervormundschaft. Zu *C.* gehört z. B. das Kompromiss, s. §. 107. D. die Antichresis, §. 71. A. a. E. unter 2), der emphyteutische Kontrakt und der über eine Superficies, §. 55. bei Anm. [27] und §. 56. bei Anm. [15]. S. noch folg. Anm. a. E.

[2] Auch von diesen gilt das, was z. A. der vor. Anm. gesagt ist; zu ihnen gehört z. B. die Obl. zum Dotiren einer Tochter (s. darüber im Eherecht). Unter den in anderen Rechtstheilen vorkommenden Obl. giebt es auch solche, von denen sich mit Bestimmtheit nicht entscheiden lässt, welcher von allen drei Hauptarten sie beigezählt werden sollen, indem sie Eigenthümlichkeiten mehrerer an sich tragen; so z. B. die gesetzlich nothwendige Bestellung von Sicherheiten, s. §. 35. I., in sofern nämlich die Veranlassung dazu eine zufällige ist, würden sie der dritten Hauptklasse angehören, und in sofern die Kaution nur durch Uebereinkunft bestellt werden kann, der ersten. (Es lassen sich allerdings hier gewissermaassen zwei Obl. unterscheiden, *de cautione constituenda* und *constituta.*) So ferner z. B. die Obl. zur Entschädigung im Fall geschehener Spezifikation, Accession u. s. w., s. §. 50. Diese liegen auf der Grenze zwischen der zweiten und dritten Klasse. — Von der zweiten Klasse der Obl.,

theilung daran zu erinnern, dass, während vermöge des Begriffs der Obligation die Einseitigkeit ihrer Beziehung rücksichtlich des Forderns und des Schuldens auf je eine der beiden darin stehenden Personen als das Regelmässige und Allgemeine erscheint, bei den Verträgen eine solche gegenseitige Beziehung eintreten kann, und bei manchen Arten ihrer Natur nach nothwendig eintritt, s. §. 97. II. Hierdurch sind die drei Klassen der ersten Abtheilung bedingt worden, von deren beiden letzteren schon dort das ihnen Allgemeine erörtert worden ist. —

Das Darlehn ist der Vertrag, wonach der eine Kontrahent dem anderen eine gewisse Zahl oder Masse fungibler Sachen, namentlich eine Summe Gelds, eigenthümlich überträgt und übergiebt, und dieser dagegen schuldig wird, dem ersteren die gleiche Summe oder Quantität solcher Sachen (*idem genus*) zurück zu gewähren [3]. Die wesentlichen Voraussetzungen, Eigenthümlichkeiten und Folgen des Darlehns, welche diese Begriffsbestimmung umfasst, gestalten sich bei Untersuchung der einzelnen im Besonderen also:

1. Das Darlehn kann nicht eher entstanden sein, als bis sein Gegenstand dem, welcher es aufnehmen und also Schuldner werden will, wirklich übergeben ist [4]. Es wird also durch den Gegenstand selbst (*re*) erst vollzogen, und gehört zu den wenigen Verträgen, die durch die Uebereinkunft allein nicht perfekt werden (s. §. 96. I. 3.). So lange das nicht geschehen ist, kann das Verhältniss zwischen den beiden Paciscenten nur ein Vertrag über dessen Kontrahirung sein [5], aus welchem in der Regel zwar der künftige Schuldner der Gläubiger sein, indem er vorzugsweise ein Interesse daran haben wird, dass das Darlehn ihm auch wirklich und beabredetermaassen gezahlt werde, indessen ist es, namentlich bei verzinslicher Belegung von Kapitalien, nicht minder möglich, dass der Darleiher schon dabei auch als Gläubiger erscheine [6]. Es ist jedoch jenes Erforderniss nicht strenge so zu ver-

aus verbotenen Handlungen kommen weniger in anderen Rechtstheilen und Verbindungen vor, doch fehlt es auch daran nicht ganz, s. z. B. §. 50. und §. 101. III. — Eine vollständige Aufzählung aller einzelnen Obl.-Arten der drei Klassen würde kein dogmatisches und praktisches Interesse haben.

[3] Fr. 2. pr. §. 1. 2. *de Reb. creditis* (künftig *h. t.* cit.). Unser Wort Darlehn bezeichnet sowohl den Vertrag, als dessen Gegenstand. *Mutuum* hat zwar dieselbe Doppelbedeutung, denn die erste s. z. B. in pr. *I. Quib. mod. re contr. obl.* und c. 5. *Quib. non objic. l. t. praescr.*, allein die letztere ist die gewöhnliche, und kommt dann besonders häufig in Zusammensetzungen, wie *mutui datio* u. s. w., vor. Die Ableitung des lateinischen Worts von *ex meo tuum fieri* in der Instit.-Stelle und in fr. 2. §. 2. d., sowie anderwärts, scheint mehr eine Spielerei zu sein; vergl. noch Glück Komm. Bd. XII. S. 466. [14]; am wahrscheinlichsten kommt es von *mutare* her. Vergl. *Varro de L. L.* IV. 36. Nach fr. 2. §. 3. *h. t.* unterscheidet sich *mutuum* von *creditum* wie *species* und *genus*, nämlich rücksichtlich der möglichen Gegenstände, indem *creditum* Alles umfasst, ohne Unterschied der Gattung und der Entäusserung (Uebergabe), *cuicunque rei assentiamur alienam fidem secuti, mox recepturi quid ex hoc contractu*, fr. 1. *h. t.*, doch bedeutet *credere* am häufigsten ein Darlehn geben. — S. übrigens noch Anm. [20] u. [21]. — Wäre die Rückgabe von Sachen anderer Art ausgemacht worden, so wäre das Geschäft kein Darlehn, natürlich aber an sich gültig, s. fr. 2. pr. *h. t.*

[4] Pr. *I. cit. tit.*

[5] Fr. 68. *de V. O.*; hier ist, den Grundsätzen des R. R. von der Gültigkeit der Verträge gemäs, natürlich Stipulation vorausgesetzt, und daher verneint fr. 30. *de R. C.* die Bündigkeit eines blossen Vertrags.

[6] Es ist sogar auch ohne versprochene Verzinsung ein Interesse des Darleihers daran denkbar, dass der Schuldner das namentlich auf einen gewissen Zeitraum anleihen zu wollen versprochene Geld wirklich nehme; z. B. der Gläubiger ist in Begriff, eine grössere Reise zu machen, und würde durch die Weigerung des ersteren genöthigt, Anstalten zu treffen, das Geld anderwärts aufbewahren zu müssen. Dass dem Schuldner durch ein solches Darlehn allemal eine Wohlthat erwiesen würde, wie

stehen, dass der Gegenstand des Darlehns wirklich in dem Augenblick übergeben werden müsste, wo es kontrahirt werden soll, obwohl letzteres niemals früher möglich ist, sondern vermöge des Begriffs der Traditio brevi manu (s. §. 44. II. a. E.) kann, wenn der, welcher das Darlehn aufnehmen will, bereits den Gegenstand in Händen hat, der Vertrag durch die hinzutretende Uebereinkunft hergestellt werden, wodurch zugleich, da der Schuldner in Bezug auf den Gegenstand mit dem Gläubiger bereits in einem Obligationsverhältniss stehen muss, eine Umwandlung des letzteren in ein Darlehn geschehen wird, vergl. §. 105. b.[7]. Da ferner die Kompensation die Zahlung vertritt, so ist es nicht einmal erforderlich, dass der Gegenstand des Darlehns vom Darleiher ursprünglich ausgegangen sei, sondern die thatsächliche Grundlage des Darlehns kann für den Schuldner auch dadurch vermittelt werden, dass der, welcher Gläubiger werden soll, dem Anderen eine Sache giebt, um sie zu verkaufen, und den Erlös als Darlehn zu behalten[8], oder, wenn ersterer dem zweiten selbst Sachen zu einem bestimmten Preis angerechnet übergiebt, so dass dieser als Darlehn angesehen werden soll[9]. Ja, es ist sogar ohne einen solchen unmittelbaren Uebergang eines Sachwerths aus Hand in Hand möglich, durch eine blosse Ausgleichung, oder Berechnung, oder sonstige Vermittelung den Grund zum Darlehn dergestalt zu legen, dass derjenige daraus als Schuldner der fraglichen Summe erscheint, wer diese aus einem anderen Obligationsverhältniss schuldete, aus welchem sie ihm dann als empfangen angerechnet wird[10]. Es genügt also immer,

Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 551. behauptet, und diese Niemandem aufgedrängt werde, kann daher in dieser Ausdehnung durchaus nicht zugegeben werden. — Da der Kontrahirung jedes Darlehns eine Verhandlung darüber vorangehen muss, dass der Eine den Anderen darum anspricht, oder es ihm anbietet und darauf eine entsprechende Zusage erfolgt, so kann man sagen, dass jedem *mutuum* ein *pactum de mutuo dando* vorangehe. Wird letzteres, was regelmässig zutreffen wird, vertragsmässig erfüllt, so tritt dasselbe weiter nicht wahrnehmbar hervor, und es kann sich später nur um das *mutuum* handeln. Doch aber kann der Gläubiger nicht nur, wenn er das erstere gar nicht erfüllt, sondern auch, wenn er z. B. den Gegenstand nicht in der versprochenen Qualität leistet, verantwortlich werden, was sich meist erst nach dem Empfang ergeben wird. Hieraus kann der Schuldner entweder Gelegenheit nehmen, *exc. doli* vorzuschützen, wenn die zugesagte bessere Qualität später *ex mutuo* zurückgefordert wird, oder je nach Umständen den Empfang des geklagten *mutui* ganz und gar leugnen, z. B. es wäre ihm in Packeten lauter falsches Geld gezahlt worden. Dies vor Augen habend, spricht Unterholzner a. a. O. von der Verpflichtung des Darleihers in der That so, dass er leicht zu dem Misverständniss Veranlassung geben kann, welches bei Wening §. 268., in beispielloser Verwirrung des *mutui* mit dem *pact. de mutuo dando*, darin schreiend hervortritt, dass er das *mutuum* zu den „wesentlich zweiseitigen Obl.“ zählt! Auch nicht Inhalt des *mutuum*, sondern der dasselbe begleitenden Nebenbeabredungen sind die Bestimmungen über die Zahlungsmodalitäten, Termine, Kündigung u. s. w. Für diese besteht aus jenen eine besondere Obl., die u. U. auch für sich ungültig sein oder geändert werden kann.

[7] Fr. 9. §. 9. (coll. fr. 10.) *h. t.* als Beispiel: dass der Depositar das deponirte Geld als Darlehn behält.

[8] Fr. 11. pr. *h. t.* (d. i. der sog. *contr. mohatrae*, s. Glück Komm. Bd. XIV. S. 310. vergl. nachher Anm. [39],) die Sache muss also wirklich verkauft und der Preis vereinnahmt worden sein, sonst ist kein Darlehn, sondern irgend ein anderer (unbenannter) Vertrag vorhanden, fr. 19. pr. *de Praescr. verb.* Anderer Meinung scheint hier Africanus in fr. 34. pr. *Mandati* gewesen zu sein, vergl. Anm. [10]. (S. noch Anm. [11]).

[9] C. 8. *Si certum pet.*

[10] Die Quellen enthalten folgende Beispiele: 1) wenn Jemand für einen Anderen Gelder *ex mandato* vereinnahmt hat, die er eigentlich erst abliefern sollte, und die also vorher letzterem nicht gehören, sondern in Betreff deren er nur eine Forderung an den Schuldner hat, s. z. B. fr. 15. *h. t.* 2) Wenn ihm die Gelder von einem Anderen auf Anweisung des Gläubigers gezahlt

wenn der Gegenstand entweder in Natur auf irgend eine Weise an den Schuldner gekommen, oder wenn dieser denselben, d. h. die fragliche Summe oder Quantität dem Gläubiger schon schuldig war, und nun dieselbe unter Anrechnung als empfangen auf das Darlehn an sich behalten hat. In wiefern ein blosses schriftliches Bekenntniss des Empfangs, oder einer besonderen Schuld, ohne dass jener oder diese wirklich Statt gefunden, dieses Erforderniss ersetzen könne, darüber ist §. 96. I. 4. bereits gehandelt worden.

sind, *quamvis meos nummos non accipias*, s. fr. 15. *d.* in einem weiteren Sinn werden indessen solche Gelder in demselben Fall *meae* genannt, fr. 32. *h. t.* 3) Wenn der Schuldner aus einer anderen Obl. irgend eine Summe schuldig ist, s. z. B. fr. 44. §. 1. *de Administr. ét periculo tut.* (Verwandlung eines Vermögensverwaltungs- oder Rechnungsrests in ein Darlehn.) — Hierzu ist Zweierlei zu bemerken: a, in fr. 34. pr. *Mandati* wird der Fall unter Nr. 1, von vorher, dem der Ausdrucksweise nach (*ex administratione certam summam apud se esse*) der unter Nr. 3, gleichbeurtheilt erscheint, — gerade umgekehrt wie in fr. 15. *h. t.* entschieden, und die Aehnlichkeit mit dem der Anm. 7 (deponirter Gelder) und dem unter Nr. 2, bestimmt geleugnet und ebenso der der Anm. 8 in Abrede gestellt. Die Verschiedenheit des Falls, wenn Gelder deponirt waren, von allen übrigen ist allerdings darin ganz klar, dass sie dem Gläubiger wirklich gehören und durch eine *traditio brevi manu* auf den Schuldner übergehen; wenn aber der unter Nr. 2, aus einem *benigne esse receptum* erklärt wird, so kann dieser Grund zu der Verneinung der übrigen offenbar nicht für überzeugend gehalten werden. Es bleibt also ein doppelter Widerspruch zwischen dem fr. 34. pr. *d.* einerseits und fr. 11. pr. 15. *h. t.* und fr. 19. *de Praescr. verb.* andererseits stehen. Diesen zu erklären und zu heben, sind sehr viele Versuche gemacht worden, vergl. Glück Komm. Bd. XII. S. 12 ff. wegen des Widerspruchs mit fr. 15. *d.* und S. 7 ff. wegen der fr. 11 pr. und 19. *dd.*; der beifallswürdigste ist offenbar der von *Cujacius Tract. ad Afric. ad h. l.* und *Obs.* VIII. 8., dem sehr Viele folgen, dass in dem fr. 34. pr. *d.* vom strengeren älteren Recht die Rede sei, was allmälig, zur Erleichterung des Verkehrs, immer mehr Erweiterung gefunden habe. Dafür spricht auch die am Ende von Afrikan selbst zugestandene Modalität, dass der Mandatar unter solchen Umständen die versprochenen Zinsen zahlen und gleich dem, der Waaren zum Verkauf empfangen und dies gethan, die Gefahr der Gelder tragen müsse, womit in der That die Folge des *mutui* eintritt, wenn er auch dafür nur die *a. mandati* anerkennen will. S. jetzt auch Savigny Syst. Bd. IV. S. 594 f. Der Streit hierüber hat sich sogar unter den Scholiasten zu den *Basil.* Lib. XIV. tit. 1. §. 34. und Lib. XXIII. tit. 1. §. 15. (deren letztere Stelle die Paraphrase des fr. 15. *d.* gleich mit den Worten beginnt, dass beim *mutuum* mehrerlei *παρὰ τὴν ἀκρίβειαν* angenommen sei, so z. B. Behalten der *ex mandato* vereinnahmten Gelder,) fortgesetzt, so dass die *benigna interpretatio* noch sehr vielfach besprochen wird, ja es widersprechen sogar die Basil. an erster Stelle über den Fall des fr. 11. *h. t.* den Pandekten, freilich aber auch sich selbst, nämlich in Lib. XXIII. tit. 1. §. 11. und haben also in der Verneinung desselben einen Rückschritt gethan. Wenn man b, den eigentlichen Inhalt des Streits genauer untersucht, so ergiebt sich, dass, wie schon angedeutet, die Verbindlichkeit des Schuldners zum Zurückzahlen in fr. 34. pr. *d.* nirgends verleugnet wird; der Unterschied beruht nur in der Klage, welche Afrikan nur als *a. mandati* in den von ihm widersprochenen Fällen charakterisirt wissen will, er leugnet m. a. W. das *creditum*, und also die *condictio.* In dieser Beziehung ist noch besonders hervorzuheben, dass von den hier seit Anm. 7 nach einander berührten Beispielsfällen der Quellen nur in denen der Anm. 7 und 8 ein *mutuum* als entstanden angesehen wird, in dem der Anm. 9 ist schlechthin von *sors* und *usurae* die Rede, in denen z. A. dieser Anm. unter 1) nur von *creditum*, und in dem fr. 32. *d.* unter 2, wird auch dieses und zwar für einen ganz gleichen Fall geleugnet, für welchen es fr. 15. *d.* anerkennt, und das *reddi pecuniam* nur als *bonum et aequum* zugegeben, in der Stelle unter 3, wird das Verhältniss auch nicht weiter bezeichnet. — Dieser Unterschied kommt heutzutage, wo die römischprozessualische Eigenthümlichkeit der Kondiktionen ganz erloschen ist, nicht mehr in Betracht, es wird jedes Uebereinkommen, dass in Folge irgend einer solchen, wie der im Text gedachten, schon bestehenden Grundlage von nun an an Stelle des bisherigen

2. Es muss wirklich an dem Gegenstand des Darlehns für den Schuldner Eigenthum entstehen [11]. Dies setzt voraus, dass in der Regel nur vom Eigenthümer [12] oder doch mit dessen Einwilligung über diesem gehörige Gegenstände [13] ein Darlehn kontrahirt werden kann, und nur von einem solchen, der veräusserungsfähig ist [14]. Fehlt nämlich dem Darleiher diese letztere Eigenschaft, so verbleibt ihm das Eigenthum dergestalt, dass er die Gegenstände zurückfordern kann, wenn sie sich sonst noch vorfinden und erkennen lassen [15]; doch kann auch der Mangel dieser Fähigkeit durch nachfolgende Herstellung der Erfordernisse gehoben werden. Ist er aber nicht Eigenthümer, oder von diesem nicht zu einer solchen Verfügung über den Gegenstand ermächtigt gewesen, oder dessen Zustimmung dazu nachträglich nicht erfolgt, so entsteht, wenn der Darleiher das Darlehn im Namen des Eigenthümers des Gegenstands gegeben [16], das Verhältniss mit voller Wirkung für den letzteren. Dagegen erledigt sich das Erforderniss des Eigenthumsübergangs unter allen Umständen, wenn der Schuldner den Gegenstand verzehrt [17] oder ausgegeben hat, dadurch wird das Darlehn sowohl für den, der nicht Eigenthümer desselben war [18], als für den veräusserungsunfähigen Darleiher [19] darum gültig, weil nunmehr die Frage

Verhältnisses ein Darlehn treten solle, für ausreichend erachtet, um ein solches als hergestellt erscheinen zu lassen. Vergl. Glück a. a. O. S. 7 ff. Unterholzner a. a. O. S. 12. g). Wegen der zugleich eintretenden Schulderneuerung s. §. 105. b. und das. Anm. [2].

[11] Fr. 2. §. 2. *h. t.* pr. *I. Quib. mod. re* (*quia ex meo tuum fit*). Eine Folge davon ist, dass der Schuldner, sobald er das Darlehn empfangen, die Gefahr des Empfangenen trägt, §. 2. *I. Quibus modis re contrah.* diese Frage in Anwendung auf den Fall der Anm. [8] gedacht entscheidet fr. 14. pr. *h. t.*

[12] Fr. 2. §. 4. *h. t.* Wenn einer von mehreren Eigenthümern einer Geldsumme diese ausleiht, so entsteht nur zu seinem Antheil ein wirkliches Darlehn, fr. 13. §. 2. fr. 15. *h. t.* fr. 94. §. 1. *de Solut.*

[13] Fr. 2. §. 4. *h. t.* Haussöhne können ein Darlehn aus ihrem *pecul.* geben, sobald ihnen *libera administratio concessa est*, arg. fr. 11. §. 2. *eod.*

[14] Fr. 16. und 41. (*verb. quas vero etc.*) *h. t.* fr. 9. pr. *de Auctor. tut.* (Vergl. folg. Anm. a. E.) Wegen fr. 55. *de Solut.* vergl. Glück a. a. O. S. 30 ff., es sind darin solche Fälle gemeint, wo dieselben *nummi* zurückgegeben werden sollen.

[15] §. 2. *I. Quib. alienare.* (*sicubi extant nummi*). Es scheint unbedenklich angenommen werden zu müssen, dass, wenn ein Nichteigenthümer irrig fremdes Geld verliehen, und diesen Irrthum nachher inne wird, er den Besitz des Gelds, wenn es noch vorhanden ist, zurückfordern kann. Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 13. n), der dies auf *arg.* des fr. 15. §. 1. *de Condict. indeb.* stützt. — Vergl. noch §. 17. Bd. I. S. 136., und Anm. [19] a. E.

[16] C. 2. *Per quas personas;* da hier nicht erfordert ist, dass dem, in dessen Namen kontrahirt worden, das Geld gehöre, so versteht sich diese Folge natürlich um so mehr, wenn dies zutrifft. S. Anm. [22]. Eigenthümlich ist diesem Fall nach R. R. die unmittelbare Entstehung der Obl. für den Dritten, während wir sie auf die Genehmigung schon allein zurückführen könnten; vergl. 102. [15] und s. nachher Anm. [23].

[17] Dem Verzehren steht Vermischen mit eigenen Gegenständen gleich, fr. 78. *de Solut.* s. aber Anm. [44] des §. 103.

[18] Fr. 12. in f. 13. pr. und §. 1. f. 19. §. 1. in f. *h. t.* fr. 24. §. 2. *de O. et A.* fr. 56. §. 2. *de Fidejussor.*, nach letzterer Stelle werden auch die Bürgschaften wirksam.

[19] Nach R. R. verhält sich die Sache hier so: 1) ist die *consumtio bona fide* geschehen, so findet nach §. 2. *I. Quibus alienare* etc. fr. 11. §. 2. fr. 19. §. 1. *h. t.* und fr. 24. *de O. et A. condictio* gegen den Empfänger Statt. Welche *cond.* dies sei, darüber hat man viel gestritten, vergl. Glück a. a. O. S. 38. (man spricht dabei von einer *a. de b. f. consumtis* oder *bene depens.*, letzterer Begriff kommt schon in den Schol. zu den Basil. Lib. 23. tit. 1. 14. vor). Nach der letzten Stelle kann dieselbe nur als *ex mutuo* verstanden werden, indem darin unmittelbar vorher von *mutua pecunia* die Rede ist; aber auch nach den drei ersten ist die Darlehnsklage zu verstehen. 2) Hat sich der Empfänger in *mala fide* befunden, d. h. hat er, bekannt mit der Persönlichkeit des Darleihers, den Gegenstand konsumirt, so soll *ad exhib. a.* be-

vom Eigenthum für den Schuldner gleichgültig geworden ist[20]. — In denjenigen Fällen, wo, wie unter der vorigen Nummer bemerkt wurde, die thatsächliche Grundlage des Darlehns nicht durch wirkliche Uebergabe des Gegenstands hergestellt wird, gestaltet sich natürlich das hier besprochene Erforderniss so, dass die vorausgesetzte Grundlage auch in der That zutreffe, der Darleiher also z. B. wirklich Gläubiger der erlassenen und in ein Darlehn verwandelten Forderung gewesen sei, u. s. w.[21].

Mit der aus diesem Erforderniss gezogenen Folgerung für die Eigenschaft des

gründet sein, fr. 11. §. 2. *h. t.*, welche noch das Interesse umfasst; strenggenommen also findet hier kein Darlehn Statt, sondern ein anderes Verhältniss, doch kommt es mit jener Erweiterung in der Wirkung auf Eins hinaus. — Wenn oben gesagt ist, dass hier das Darlehn gültig werde, so ist damit nicht, was in seinem praktischen Hervortreten leicht zu verwechseln ist, gemeint, dass der ganze Vertrag, von auch vertragsunfähigen Personen eingegangen, z. B. rücksichtlich der Dauer des Darlehns, der Modalitäten der Rückzahlung u. s. w. gültig sei, sondern dieses sind Nebenbeabredungen, welche dadurch, dass das Darlehn zum Vortheil des Darleihers als gültig eingegangen betrachtet wird, nicht etwa zu dessen Nachtheil gültig werden. (Vgl. Anm. 6). Es versteht sich auch von selbst, dass zum Klaggrund hier nicht etwa das Anführen gehört, dass der Schuldner den Gegenstand verzehrt habe, sondern der Darleiher kann, wenn er *nummos* vindiziren könnte, einfach aus dem Darlehn Klage auf Rückzahlung erheben, denn jene Bestimmung ist nicht zu seinem Nachtheil angeordnet, sondern es hängt von ihm ab, ob er die Veräusserung gelten lassen will; ficht er sie nicht an, so ist sein Gegner natürlich nicht dazu berechtigt. S. noch Anm. 21.

[20] Fr. 19. §. 1. *h. t.* (*quod facto ejus intelligitur ad eum, qui accepit, pervenisse.*) Von dieser Seite ist die Sache aufzufassen, indem sonst die Frage entstehen könnte, ob man überhaupt in den Begriff und das Wesen des Darlehns die Nothwendigkeit des Eigenthums und der Eigenthumsübertragung einmischen dürfe? Wenn gewöhnlich behauptet wird, dass durch das Verzehren das Eigenthum erworben werde, so ist das ganz irrig. Dagegen ist es nicht unmöglich, dass auf diese Weise Ersitzung an den Gegenständen des Darlehns eintrete.

[21] Der obige auf einer nothwendigen Analogie beruhende Satz kann natürlich keinem Zweifel unterliegen. Fragt man aber, welches der prozessualische Charakter der Behauptungen solchen Inhalts, wie unter obiger Nummer im Text behandelt werden, von Seiten des verklagten Schuldners sei, so wird dieser allemal in dem Fall sein, zu seiner Vertheidigung zur Sprache bringen zu müssen, weshalb und in wiefern der Gegenstand des Darlehns ihm nicht zu Gute gekommen sei. Ist er überhaupt geständig, ihn empfangen zu haben, resp. dass ein Geschäft in der angedeuteten Art vermittelt und hergestellt worden sei, so kann seine weitere Behauptung nur des Inhalts sein, dass ihm der Gegenstand von einem Dritten, dem Eigenthümer, evinzirt worden sei, oder dass das Geschäft nicht die beabsichtigte Wirkung, z. B. der Befreiung gegen einen Dritten, gehabt habe. Der Beweis deshalb muss offenbar ihm obliegen. Sollte der Verklagte aus solchen Gründen einfach den Empfang (resp. die Vermittelung) des Darlehns leugnen, so würde ihm damit nicht weiter geholfen sein, als dass nun der Kläger diesen Beweis führen muss, allein auch dieser braucht sich nur auf die Uebergabe, resp. die Vollziehung des Geschäfts in der geklagten Art zu erstrecken, ohne dass dort der Uebergang des Eigenthums, und hier dessen eingetretene Wirksamkeit zu Gunsten des Schuldners noch ausdrücklich bewiesen werden müsste. Denn das nackte Bestreiten dieser letzteren, wenn sie sonst als eine rechtliche Folge von Geschäften der Art erscheint, muss völlig wirkungslos bleiben; und das des ersteren deshalb, weil der Gläubiger nicht darum nur das Darlehn zurückfordern darf, dass er das Eigenthum übertragen, sondern, weil er den Gegenstand überhaupt in der Art übergeben, um ihn *in genere* zurückzuerhalten, so dass, wenn die Uebergabe feststeht, letzteres nothwendig wird, sobald nicht die Erfolglosigkeit der ersteren wegen mangelnden Eigenthums erhellt, er aber nicht das Abhandensein dieses Mangels zu beweisen braucht, sondern der Beweis wie die Behauptung des letzteren auf den Verklagten fallen muss.

Darleihers als Eigenthümer stehen noch die beiden Modifikationen derselben in Verbindung, dass, wenn der Darleiher das Darlehn in fremdem Namen giebt, dieser Dritte auch dann Gläubiger wird, wenn jener den Gegenstand des Darlehns aus seinen eigenen Mitteln für ihn hergab [22], mag er dazu Auftrag gehabt haben, oder nicht [23], — und dass, wenn der Empfänger darüber in Irrthum ist, wer von denen, mit welchen er in Unterhandlung gestanden, eigentlich sein Gläubiger geworden sei, der Eigenthümer des übergebenen Gegenstands dem Irrthum ungeachtet als Darleiher betrachtet werden soll [24]; denn in beiden Fällen ist das Eigenthum des empfangenen Gegenstands wirklich darlehnsweise auf ihn übergegangen.

3. Es versteht sich von selbst, dass die Kontrahenten durch die Uebertragung des Gegenstands die Begründung eines Darlehns beabsichtigt haben müssen, denn ohnedies würde jene einen ganz anderen Sinn haben [25]. Im Besonderen also muss die Absicht dahin gehen, dass die ganze empfangene Summe zurückgezahlt werde; zwar kann sie auch dahin gerichtet sein, dass weniger zurückgezahlt werde, allein dann ist das Empfangene nur soweit dargeliehen [26]. Doch ersetzt auch hier der eingetretene Verbrauch oder das Verzehren des Empfangenen die Uebereinstimmung im Fall eines Misverständnisses, also namentlich auch, wenn etwas als Darlehn gegeben und als Geschenk angenommen worden ist [27]; nur im umgekehrten Fall steht dem Empfänger gegen die Rückforderung eine Exception zur Seite [28].

[22] C. 2. *Per quas personas*, vergl. Anm. [16], s. folg. Anm.

[23] 1) Fr. 2. §. 4. fr. 9. §. 8. *h. t.* 2) S. die zuletzt cit. Stelle, und über dieselbe Mühlenbruch Cession S. 106. [220]. Da im zweiten Fall der als Gläubiger benannte Dritte die Forderung muss haben wollen, so ist nothwendig eine Genehmigung vorauszusetzen. Fehlt es daran, so kann der eigentliche Darleiher natürlich das Gegebene auch zurückfordern, und wenn auch nicht gerade als Darlehn, so wird es doch in der Wirkung mit diesem auf Eins hinauskommen; denn der Empfänger sollte es ja nicht gewinnen. — Das Eigenthümliche dieses Falls, wie schon dessen bei Anm. [16], ist nach R. R. nicht sowohl die Entstehung des Darlehns überhaupt, als die für einen Dritten ohne weitere Vermittelung, als den Empfang des Gelds, entstehende Forderung daraus; für das heutige Recht hat dies weiter kein Interesse, indem in der Geltendmachung derselben die Genehmigung liegt, welche die Wirkung der Stellvertretung sichert, die gegenwärtig hierbei allein schon entscheidend ist; s. §. 102. Anm. [15] u. [19]. Vergl. noch Anm. [28]. Vergl. Jhering Jahrb. für Dogmatik etc. Bd. I. S. 283 ff.

[24] Fr. 32 *h. t.* Die *condictio* pflegt nach dem Verf. (*Juv. Cels.*) dieser Stelle *Juventiana* genannt zu werden. (*Conradi de cond. Juvent. Marb.* 1774.) Hier fehlt es eigentlich am ursprünglich erforderlichen *consensus*, und daher kann nicht die *cond. ex mutuo* als statthaft angenommen werden, sondern nur die *sine caussa;* hierüber ist mannigfaltiger Streit, s. Glück Komm. Bd. XIII. S. 200. [41].

[25] Fr. 3. §. 1. *de O. et A.* fr. 32. *h. t. verb. hoc enim etc.* S. noch Anm. [28] u. [24].

[26] Fr. 11. §. 1. *h. t.* Der Ueberschuss würde in Ermangelung anderer Deutung als geschenkt zu betrachten sein.

[27] Fr. 18. §. 1. *h. t.* Dieses erwähnt nur *depositum* und *commodatum*, allein unbedenklich muss auch dem gleichgeachtet werden, wenn der Empfänger in der irrigen Meinung war, ein Geschenk zu erhalten. Unterholzner a. a. O. S. 14. [o]) hält es für billig, dass dieser dann nur soweit hafte, als er bereichert worden, wozu ich, sobald er eines Irrthums überführt worden, doch eigentlich keinen Grund einsehe. Allerwenigstens würde es noch auf die grössere oder mindere Entschuldbarkeit derselben ankommen.

[28] Fr. 18. pr. *h. t.* — Unter Bezug auf diese Wirksamkeit der *res* beim *mutuum* versteht Mühlenbruch Cess. S. 104. [214] fr. 10. in f. *de V. S.*, worin der Begriff *creditor* erörtert wird, so, „als habe die *mutui datio* den Römern kaum für einen Kontrakt gegolten;" (die nächstfolgende und noch manche andere Stellen, z. B. fr. 20. *de Judic.* sagen, dass jener Begriff vom *creditum pecuniae* ausgegangen sei); ich verstehe jedoch mit *Cujac. Op.* T. VIII. p. 492. die Worte: *sed si non sit etc.* wie häufig, für: *sed et si non sit*, (Savigny Syst. Bd. V. S. 513. [a]) liest

Dagegen kann der Eigenthümer des Gelds, welches ein Anderer einem Dritten dargeliehen hat, blos darum, weil er dieses ist, ohne eine vermittelnde Stellvertretung niemals als Gläubiger betrachtet werden [29]. — Was bei dieser Einigung in Betreff des Darlehns an näheren Bestimmungen über seine Rückleistung festgesetzt wird, beruht auf besonderem, nicht mit dem Darlehn selbst zu verwechselnden, und auch nicht für einen integrirenden Bestandtheil desselben zu haltenden Vertrag [30].

4. Die Verpflichtung zur Rückleistung des darlehnsweise Empfangenen erstreckt sich auf die gleiche Summe oder Quantität [31] von gleicher Art und Güte [32]. Ueber die Zurückzahlung kreditirter Gelder ist bezüglich der Münzen, worin sie geschehen darf und geschehen muss, in §. 85. a,—c, das Nähere angeführt worden. Die Nothwendigkeit der Rückleistung der empfangenen Summe erfährt in sofern eine Einschränkung, als, wenn Personen ein Darlehn aufgenommen haben, welchen die Fähigkeit, sich mit vollkommener Wirksamkeit zu obligiren, abgeht, diese überhaupt nur soweit zu einer Zurückgabe verbunden sind, als sie sich durch das Empfangene noch bereichert befinden, s. §. 17. Anm. 23. (S. noch folg. Nr. a) u. b).) Wird die Rückzahlung einer grösseren Summe ausgemacht, so liegt in dem Versprechen des Ueberschusses ein besonderer Vertrag, möge er als Schenkung oder Vergütung für die Vorstreckung des Darlehns erscheinen. (S. noch Nr. 6.)

5. Wer Gläubiger und wer Schuldner aus dem Darlehn werde, das erhellt aus den vorstehenden Nummern und 1. 2. und 3. von selbst. Diese Folge wird jedoch im Vergleich zu den Voraussetzungen in einigen besonderen Fällen modifizirt:

a) wenn, und beziehungsweise soweit, der empfangene Gegenstand in den fortdauernden Nutzen eines Dritten verwendet worden ist, kann dieser aus dem Darlehn in Anspruch genommen werden, s. §. 102. S. 372. 4).

b) Wenn Vorsteher und Verwaltungsbeamte von Kommunen und frommen Stiftungen Darlehne für diese aufnehmen, so ist, um die letzteren mit Erfolg darauf in Anspruch nehmen zu können, erforderlich, dass der Gegenstand in deren Nutzen verwendet worden sei, s. §. 102. Anm. 78.; anderen Falls haften jene selbst.

6. Das Darlehn begreift an sich keineswegs, wie man im gemeinen Leben damit als unzertrennlich verbunden zu denken pflegt, eine Verpflichtung zu Zinsen [33],

sogar so, doch ist mir die Autorität unbekannt) und *sed contractus*, *sc. sed alius contr.* Dass die *res* beim *mutuum* eine besondere Wirksamkeit nach R. R. habe, so dass letzteres in deren Uebergang einen Grund zur unmittelbaren Entstehung einer Obl. unter Umständen findet, wo dies sonst seinen Grundsätzen zuwider ist, ist richtig, indessen wird doch die obligationsartige Natur daneben nirgends verleugnet.

[29] C. 8. *Depositi*, c. 2. 7. *h. t.;* es ist danach eine Abtretung der Klagen an ihn erforderlich, um diese anstellen zu können. Die von Aelteren, z. B. *Cujacius Obs. Lib. V.* c. 29. und Neueren, z. B. Thibaut Syst. §. 546. geschehenen Versuche, doch hier unter Umständen (Insolvenz oder fortdauernde Bereicherung) eine *utilis* oder *in factum a.* zu begründen, sind mislungen. Vindikation und *ad exhib. a.*, letztere, wenn der Empfänger die Sachen *mala fide* konsumirt oder ihren Besitz *dolo malo* aufgegeben hat, sind aber möglich, §. 2. *I. Quibus alienare etc.* fr. 11. §. 2. *h. t.*

[30] Vergl. Anm. 6. Hierher gehört auch die Zeit der Rückleistung, ist darüber nichts ausgemacht worden, so muss sie allerdings jeder Zeit gefordert werden können, vergl. §. 91. z. A. Die Forderung ist dann zugleich eine Mahnung.

[31] Fr. 11. §. 1. *h. t.* fr. 20. pr. *de Pactis*, fr. 80. pr. *de Solut.* (*tantundem*) c. 9. *de Non num. pecun.* In der Beabredung der Rückgabe einer grösseren als der empfangenen Summe würde ein besonderes Geschäft enthalten sein, namentlich Schenkung, doch würde hierbei grosse Aufmerksamkeit darauf zu richten sein, ob darin nicht ein Zinswucher versteckt worden.

[32] Fr. 3. *h. t.* (*eadem bonitate*). Ist über die Schätzung etwas festgesetzt worden, so bleibt es dabei, wo nicht, so entscheiden Zeit und Ort der Anstellung der Klage, fr. 22. *h. t.*

[33] Fr. 24. *de Praescript. verb.;* überhaupt wa-

sondern es verhält sich damit so, wie §. 87. II. gelehrt worden. Die vertragsmässigen Zinsen beruhen also auf dem besonderen Versprechen derselben, und werden nur mit der Klage aus ihm gefordert; die Verzugszinsen werden aber mit der aus dem Darlehn selbst gefordert, und vergrössern so gewissermaassen die schuldige Summe aus sich selbst [34]. Die Verbindung eines Zinsvertrags mit dem Darlehn ändert an der Natur dieses letzteren nichts weiter, als dass die Schuldverträge dieser Art, wonach Juden an Christen leihen, um klagbar zu sein, nach reichsgesetzlicher Vorschrift gerichtlich aufgenommen werden sollen [35].

Zu diesen die Natur des Darlehns betreffenden Punkten kommt nun noch ein rücksichtlich der Fähigkeit, ein solches als Schuldner aufzunehmen, ganz besonderer [36]. Diese fehlt nämlich den in väterlicher Gewalt stehenden Personen [37] in soweit, dass deshalb aus den von ihnen kontrahirten Gelddarlehnen [38], oder denen anderer Sachen, welche ein solches verschleiern sollen [39], sowohl während der Dauer als nach Auflösung der väterlichen Gewalt keine Klage Statt findet, beziehungsweise ihnen eine zerstörliche Einrede (*exceptio Senatusconsulti Macedoniani*) entgegengesetzt werden kann, welche so begünstigt ist, dass sie selbst gegen rechtskräftige [40]

ren hier die römischen Ansichten von den unsrigen, wonach Viele den Begriff Kapital ohne Verzinsung kaum zu denken vermögen, während die Römer umgehehrt darin nur einen Freundschaftsbeweis sahen, sehr verschieden; s. Glück Komm. Bd. XII. S. 4 ff., der sogar Anm. [21] einige ältere Juristen aufführt, welche der ersteren Meinung waren.

[34] Vergl. §. 87. II. b. und §. 93. bei und in Anm. [35].

[35] R. A. von 1551. §. 79. Wenn irgend einem, mögte freilich dieser Satz, der auf andere Zeiten und Verhältnisse berechnet ist, auch schon vor der partikularrechtlich wohl nur meistentheils in Deutschland erfolgten privatrechtlichen Gleichstellung der Juden mit den Christen, als längst *in desuetudinem* gerathen und unbedenklich als unpraktisch geworden zu betrachten sein. Ich kenne wenigstens keinen Fall, in dem Richter oder Partheien darauf Bezug genommen hätten, aber zahllose, in denen es nicht geschehen ist. Er scheint ganz in Vergessenheit verfallen zu sein. M. W. erwähnt ihn nur Unterholzner Schuldverh. Bd. II. §. 515.

[36] Das *Sct. Macedon.* enthält *jus singulare*; über seinen Ursprung und seine Tendenz s. fr. 1. pr. *de Scto Macedon.* und §. 7. *I. Quod cum eo.* Ueber seine Geschichte vergl. Glück Komm. Bd. XIV. S. 302 ff. Der von einigen älteren Schriftstellern erhobene Zweifel über die Anwendbarkeit des *Sct. Macedon.* bedarf keiner weiteren Erwähnung, s. dens. a. a. O. S. 354.

[37] Dies ist ohne alle Bedingung und ohne jeden weiteren Unterschied rücksichtlich der Verwandtschaftsnähe zum *paterfamilias* (fr. 14. *eod.* c. 6. §. 1. *ad Sct. Maced.*) für leibliche, wie für Adoptivkinder (fr. 1. §. 2. *eod.*) und für Söhne und Töchter (fr. 9. §. 2. *eod.*) zu verstehen.

[38] Fr. 1. pr. 3. §. 3. fr. 7. §. 3. *eod.* erlaubte Geschäfte s. z. B. 1) fr. 3. §. 3. 4. fr. 4. *eod.* 2) c. 3. *ej. tit.* 3) fr. 7. pr. *eod.* 4) fr. 7. §. 3. *eod.* 5) fr. 13. *eod.*; ob aber das Darlehn verzinslich ist oder nicht, darauf kommt nichts an, fr. 7. §. 9. *eod.*, ebensowenig darauf, ob die Rückzahlung an den Darleiher oder einen Dritten beabredet worden, fr. 7. §. 7. *eod.* Dagegen steht der Fall nicht unter dem *Sct.*, wenn Jemand als *fil. famil.* Verhandlungen über Aufnahme des Darlehns gepflogen, es aber erst *paterfamil. factus* aufgenommen hat, fr. 3. §. 4. fr. 4. *h. t.*

[39] Fr. 3. §. 3. (*venderet, ut pretium rei haberet in vicem mutui*) fr. 4. fr. 7. pr. §. 1. 3. fr. 13. *eod.* u. c. 3. *eod.* (sog. *contractus mohatrae*, s. vorher Anm. [8]).

[40] In fr. 1. pr. *eod.* heisst es, *ne cui actio petitiove detur*, nichts desto weniger kommt als ganz gangbar die *exceptio Sct. Maced.* vor. S. fr. 7. pr. §. 4. 7. 8. 10. fr. 9. pr. §. 3. fr. 19. *eod.* Dies ist unstreitig so zu erklären, dass die Klage versagt wurde, wenn die Sachlage gleich aus dem Klagantrag oder *in jure* klar war, die *exceptio* aber nöthig wurde, sobald der Schuldner unter Widerspruch des Gläubigers das Verhältniss erst behauptete und zu seinem Schutz auf das *Sct. Maced.* Bezug nahm. Vergl. schon §. 82. Anm. [15]. Eine abweichende Ansicht spricht hierüber gelegentlich Pfordten aus in den Lpzgr. krit. Jahrb. von 1841. Bd. I. S. 11., nämlich, dass die Forderung auch hier eine Klage erzeuge, dieselbe aber durch eine *exceptio* in

Verurtheilung noch in der Exekutionsinstanz von Erfolg ist. Eine Entsagung

eine *naturalis* verwandelt werde. Dies weiss ich nicht einmal scheinbar mit den Worten des Sct. zu vereinigen. Sie ist vielmehr *naturalis* von Anfang an, und keine Klage möglich. Wenn aber der Kläger den Umstand unberührt lässt, dass sein Schuldner ein *fil. famil.* sei, die Klage also soweit vollständig begründet erscheint, so ist es Sache des Verklagten, durch *exceptio* ihn mit zur Verhandlung zu ziehen, dadurch wird dann die Klage nicht ausgeschlossen, wie z. B. bei der *exceptio pacti de non pet.* und anderen eigentlichen Exceptionen, sondern dargethan, dass das Verhältniss eine solche gar nicht gewähre. Die *exceptio* ist nur die Form für den Einwand. Nirgends dagegen ist eine Spur vorhanden, dass die Klage nur auf begehrte *exceptio* abgewiesen werden solle, so dass also der Verklagte davon als einem Recht auch dann Gebrauch machen müsste, wenn das Verhältniss schon von vornherein klar ist, etwa durch Angabe des Klägers selbst, sondern hier würde der Prätor die Klage einfach verweigert haben. Dass nun der römische Richter, sobald nicht die *exceptio* formulirt war, deren später vor ihm zur Sprache kommenden Inhalt habe berücksichtigen dürfen, (unbeschadet natürlich des fr. 11. *h. t.* wider die *a judicati*) lässt sich unmöglich behaupten. Nachdem aber der Formularprozess verschwunden war, musste sich nothwendig die Befugniss des Richters in Beurtheilung derjenigen Momente erweitern, welche die Statthaftigkeit einer Klage überhaupt umgeben. Ich glaube hieraus den Schluss ziehen zu müssen, dass also, sobald im Lauf des Prozesses irgendwie (ohne dass er darauf Bezug nahm) die Eigenschaft des Schuldners als *fil. famil.* und überhaupt die ganze Sachlage dem Richter als *Senatusconsulto offendens* bekannt ward, er die nun seiner Beurtheilung nicht mehr bedingt, durch die Formel, sondern unbedingt anheimgegebene Klage noch von Amtswegen abweisen musste, denn es stand nun für ihn zugleich fest, dass aus einer nicht klagbaren Obl. Klage angestellt war. Nur reicht dazu die Kenntniss von vornherein oder das Bekanntwerden der erstgedachten Eigenschaft allein nicht aus, denn der Richter kann nicht wissen, ob der Gläubiger diese Eigenschaft gekannt, oder nicht andere Umstände das Sct. ausschliessen, (s. nachher Nr. 1) ff.) und ebenso wenig darf er das Gegentheil vermuthen. Ganz dasselbe muss nach m. E. im heutigen Prozess gelten, denn darin hat sich im Verhältniss zum neueren römischen nichts geändert. Und daher halte ich dafür, dass die Vorschrift des *Sct. Macedon.*, sobald die Anwendbarkeit derselben auf den Streitfall in positiver wie in negativer Hinsicht feststeht, vom Richter *ex officio* berücksichtigt werden muss, auch wenn sich der Verklagte zu seiner Vertheidigung nicht darauf berufen hat. Vergl. auch Sintenis Erläut. Bd. I. S. 401 f. Jeder Zweifel wird verschwinden, wenn man sich erinnert, dass auch nur auf diese Weise der Zweck des Sct., Schutz der Väter gegen Gefahr, s. fr. 3. §. 3. *ad Sct. Macedon.* und §. 7. *I. Quod cum eo etc.*, (allerdings ist auch *poena creditorum* beabsichtigt, s. z. B. fr. 9. §. 4. *de Scto Maced.*) erreicht werden kann, indem es sonst ein ganz einfaches Mittel zur Umgehung desselben wäre, wenn sich der *fil. famil.* nur darauf nicht beriefe. Ich sehe übrigens auch kein Bedenken, dass dem Richter freistehe, von seinem Fragrecht Gebrauch zu machen, wenn Dunkelheiten über den entscheidenden Umstand vorliegen, und sonst Amtswegen sich Kenntniss darüber zu verschaffen. Auf jeden Fall muss dem Zweck des Sct. dies als entsprechend erachtet werden. Die Frage für den heut. Prozess, ob der Verklagte die *exceptio Scti*, welche nach fr. 11. *eod.* noch gegen die *a. judicati* zulässig sein soll, wenn er sie in der für die Einbringung der Exceptionen sonst bestimmten Zeit versäumt hat, nachbringen dürfe, oder m. a. W. ob dieselbe der Vorschrift des J. R. A. §. 37. gegenüber als privilegirt zu betrachten sei, ist sehr bestritten. Viele bejahen sie, mit der Beschränkung, wenn die Behauptung sogleich liquid sei, s. z. B. Glück a. a. O. S. 347 f. und die dort Anm. 92 Gen. Andere ohne diese Beschränkung, so von Neueren z. B. Heffter System des Civilprozessrechts §. 140. und 273. und Bayer Vorträge S. 362.; Andere verneinen sie durchaus, so Linde Lehrb. des Proz. §. 208. a. E. und neuerlich Schmid Handb. des Proz. Thl. II. S. 56 f., welche der Gönner'schen Ansicht anhängen, dass die *exc. Scti Maced.* nicht von der Vorschrift des J. R. A. ausgenommen werden könne (auch ich hatte früher mich dieser Meinung angeschlossen, s. a. a. O. S. 402.). Allein ich muss dieselbe für unrichtig, und die mittlere, also die privilegirte Eigenschaft, für gegründet halten, indem es sich hier nicht eigentlich um Geltendmachung eines versäum-

dieser Einrede ist unter allen Umständen ungültig[41]. Auch wenn der Schuldner das Geld noch in Händen, oder es sonst in seinen Nutzen verwendet hat, so dass er dadurch in der That bereichert ist, wird dennoch weder das Darlehn wirksam, noch ist die Vindikation des Hingegebenen zulässig[42]. Dagegen aber wird die Obligation als eine natürliche anerkannt, indessen mit beschränkter Wirksamkeit. Während nämlich ein Kompensationsgrund daraus nicht hergenommen werden kann, ist nicht nur die Rückforderung dessen, was darauf unter Umständen, die sonst eine gültige Zahlung möglich machen, zurückgezahlt worden, unstatthaft[43], sondern es

ten Vertheidigungsrechts wider das geklagte Recht handelt, sondern um Berücksichtigung eines die Klagbarkeit betreffenden Umstands, dem weniger eine privatrechtliche Tendenz innewohnt, als eine solche, woran der Staat ein Interesse nimmt. Von diesem Gesichtspunkt aus muss die praktische Bedeutung und Anwendbarkeit des fr. 11. *eod.* vom §. 37. des J. R. A. als ganz unberührt erscheinen. Vergl. überhaupt noch bei Glück a. a. O. S. 345 ff. die verschiedenen Ansichten über die richterliche Thätigkeit bezüglich dieser *exceptio*, der selbst aber, namentlich diesen letzteren Punkt übersehend, in sofern einer irrigen Ansicht ist, als er meint, dass es sich hier um eine ganz gewöhnliche *exceptio* handle. Andererseits kann es räthlich und sogar, um sich nicht sofortiger Zurückweisung der Klage auszusetzen, nöthig sein, die besonderen Umstände, aus welchen das Sct. nicht zur Anwendung kommt, (s. nachher im Text Nr. 1,—8,) gleich in der Klage mit anzuführen, (vergl. z. B. die Fälle fr. 3. §. 2. fr. 7. §. 12. fr. 9. pr. fr. 19. *h. t.*) indessen können sie auch als Repliken benutzt werden. Zuständig ist je nach Umständen die *exc. Scti Maced.* dem *fil. famil.* selbst, dem Vater, wenn er mit der *a.* (*mutui*) *de peculio* angegriffen wird, und dem Bürgen, fr. 7. §. 10. *h. t.* c. 6. *eod.*, dem letzteren aber nur in sofern, als er würde an den *fil. famil.* den Regress nehmen können, fr. 9. §. 3. *eod.*, denn s. bei Anm.[44].

[41] Vergl. Glück a. a. O. S. 312 ff.

[42] Beides beweist fr. 9. §. 2. *eod.*; es muss also angenommen werden, dass Eigenthum übergeht, aber gewissermaassen zur Strafe nicht zurückgefordert werden kann, obwohl es auch nicht einmal die Obl. herstellt. Geht es wegen Veräusserungsunfähigkeit des Darleihers nicht über, so ist Vindikation möglich, fr. 3. §. 2. *eod.* c. 8. §. 5. in f. *de Bonis quae lib.*

[43] Fr. 9. §. 4. 5. fr. 10. *eod.* fr. 19. pr. 40. pr. *de Condict. indeb.*, natürlich aber muss derjenige, welcher die Zahlung leistet, auch das, was er zahlt, veräussern können, denn sonst kann es der Berechtigte reklamiren, also namentlich auch der Vater, s. fr. 3. §. 2. in f. fr. 9. §. 1. *ad Sct. Macedon.*, in Ansehung der Vermögenstheile des Kinds, worüber dasselbe in jener Art nicht frei disponiren kann. Die Klage ist hier nach Umständen die *rei vindicatio*, *si nummi extant*, und die *condictio* im anderen Fall (*ex omni eventu*), die als *sine caussa* zu verstehen ist. Der letztgedachten Stelle scheint fr. 14. *de R. C.* entgegenzustehen, welche zwar rücksichtlich der Vindikation dasselbe lehrt, dann aber hinzufügt, dass die Kondiktion wegfalle, *si fuerint consumti a creditore nummi*, und zwar unter Hinweisung darauf, *quoniam toties condictio datur*, *quoties ex ea caussa numerati sunt*, *ex qua actio esse potuisset*, *si dominium ad accipientem transisset*, *in proposito autem non esset. Denique per errorem soluti contra Sctum crediti magis est cessare repetitionem.* Manche halten dafür, dass hier ein wirklicher Widerspruch zwischen den römischen Juristen vorhanden gewesen, der auch nicht zu heben sei, s. die bei Glück a. a. O. S. 317. Gen., Andere, dass in der Stelle nur ein Konsumiren *in bona fide*, in fr. 9. §. 1. *d.* aber ein solches *in mala f.* gemeint sei, s. die das. S. 318. Gen., denen von Neueren Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 149. n) beipflichtet. Dritte endlich behaupten, dass in fr. 14. *d.* von der *condictio ex mutuo* die Rede und das Verhältniss beider Stellen zu einander das sei: dass der Vater zwar das von seinem Sohn widerrechtlich bezahlte Geld auf jeden Fall mit der *cond. sine caussa* wiederfordern könne, auf keine Weise aber mit der *cond. ex mutuo.* Die *cond. indebiti* aber sei im Fall der *errore* geschehenen *solutio* darum unstatthaft, weil *natural. obl.* bestehe. Dieser letzteren Ansicht sind auch schon die Scholiasten zu den Basil. Lib. XXIII. tit. 1. §. 14. gewesen, welche namentlich die *a. de bene depensis* als versagt betrachten (vergl. Anm. [18]), und dagegen die Zuständigkeit der *generalis cond.* behaupten, und offenbar ist sie die einfachste und angemessenste. Die *cond. indeb.* für den Fall am Ende

können Dritte für solche Schulden mit vollem Erfolg intercediren und Pfänder bestellen, vorausgesetzt, dass sie dieses eben unter Rücksicht auf die mangelhafte Wirksamkeit derselben thun[44], dagegen kann der Schuldner selbst dafür weder Pfandrechte bestellen[45], noch sie noviren[46], so lange er in der väterlichen Gewalt bleibt. Dieser Mangel der Wirksamkeit fällt aber in folgenden Fällen weg: 1) wenn der Schuldner später aus der väterlichen Gewalt getreten die Schuld absichtlich, um ihr volle Gültigkeit zu verschaffen, anerkennt, was auch durch Novation oder Bestellung von Pfandrechten geschehen kann[47]. 2) Wenn derselbe ein seiner freien Verfügung gleich einer selbstständigen Person untergebenes Sondergut besitzt, soweit dieses reicht[48]. 3) Wenn er sich aus dem Darlehn bereichert befindet, und der Darleiher ein Minderjähriger ist, so führt die Wiedereinsetzung die Gültigkeit soweit herbei[49]. 4) Wenn der Darleiher nicht gewusst, dass der Schuldner in väterlicher Gewalt steht, sondern den Umständen nach das Gegentheil hat annehmen müssen[50]. 5) Wenn der Vater dazu seine Einwilligung ertheilt, wobei es ausreicht, wenn das Darlehn mit seinem Vorwissen hingegeben wird, oder er das Geschäft hinterher genehmigt hat[51]. 6) Wenn das Darlehn zu dringenden Bedürfnissen

des fr. 14. *d.* wird aber darum versagt, weil der Irrthum, in welchem die Zahlung geschah, ein Rechtsirrthum war, womit denn also die *c. sine caussa* auch nicht versagt ist. — Die Fähigkeit, über die gezahlten Gegenstände zu disponiren, erledigt sich, wenn der Zahlende den Eigenthümer derselben beerbt hat, fr. 26. §. 9. *de Condict. indeb.*

[44] Sonst ist dies unwirksam, 1) fr. 9. §. 3. *de Sct. Maced.* 2) fr. 2. *Quae res pignori.*

[45] Arg. c. 4. *ad Sct. Maced.* (*si permittente patre etc.*).

[46] Fr. 20. *de Scto Maced.*; wäre dabei ein Irrthum vorgefallen, so kann *in factum* excipirt werden.

[47] S. z. B. c. 2. (allgemeine Anerkennung) 4. *huj. tit.* (Novation) fr. 7. §. 16. *eod.* (theilweise Zahlung) s. aber Anm. [51] a. E. fr. 9. pr. *eod.* Bestellung eines Pfandrechts (*usque ad pignor. quantit.*) Dass dies mit vollem Bewusstsein geschehen sein müsse, sagt fr. 20. *eod.*, vergl. dazu Mühlenbruch im Archiv Bd. II. S. 429. 43. Wider den Bürgen wirkt indessen diese Anerkennung nicht, vergl. Elvers im Arch. f. prakt. R.-W. Bd. II. S. 444.

[48] Fr. 1. §. 3. fr. 2. *eod.* und zwar heisst es in c. 7. §. 1. *eod. ex praesumtione miles non creditur in aliud quidquam pecun. accipere, nisi in caussas castrenses.* Was hier von *pecul. castrense* gesagt ist, gilt auch vom *quasi castrense*, und dem sog. *adventit. extraord.* Darüber das Weitere im 2. Kap. des folgenden Buchs.

[49] Fr. 11. §. 7. fr. 34. pr. *de Minor.* fr. 9. pr. *de J. et F. ignor.* Strenggenommen wirkt hier die *rest. i. i.*, indessen ist der Erfolg derselbe.

[50] Fr. 19. fr. 3. pr. (§. 1.) fr. 7. §. 8. *h. t.* c. 2. *eod.* (coll. fr. 19. pr. *de R. J.*) in den beiden letzten Stellen sind Beispiele enthalten; es genügt also nicht das blosse Nichtwissen, dass Jemand in *patria potest.* stehe, sondern er muss hinreichende Gründe gehabt haben, das Gegentheil anzunehmen. Andererseits genügt auch nicht lügenhaftes Vorgeben des *fil. fam.* c. 1. *eod.*, sondern es muss *justa ratio credendi* hinzukommen. — S. noch fr. 7. §. 7. *eod.*

[51] Fr. 7. §. 11. fr. 12. 16. *eod.* C. 2. 4. 7. pr. *eod.* Dann ist je nach Umständen gegen den Vater *a. quod jussu*, *de peculio* oder *institoria* zulässig; die letzte Stelle entscheidet über die kontrovers gewesene Frage von der Genehmigung; zur stillschweigenden Einwilligung gehört namentlich der Fall, wenn er den Sohn zum *institor* eines Geschäfts bestellt, wozu Darlehne aufgenommen zu werden pflegen, oder wenn er ihn mit seinem Sondergut ein solches treiben lässt, fr. 7. §. 11. *eod.*, und nachfolgende Genehmigung liegt namentlich im Schweigen, wenn ihm das Darlehn ausdrücklich angezeigt worden und er nicht sofort protestirt hat, fr. 16. *eod.*, ingleichen, wenn er angefangen hat, Rückzahlungen zu leisten, fr. 7. §. 15. *eod.* wenigstens soweit die Rückzahlung reicht (vergl. Anm. [47]), während der Anerkennung des Ueberrests sehr gegründeter Zweifel entgegensteht, s. auch Puchta §. 306. dd); and. Mein. ist Glück a. a. O. S. 322 ff., der diese Kontroverse ausführlich erörtert. Wenn der Sohn als *institor* eines Anderen auftritt, so kann er allerdings diesen binden, nicht aber sich, noch seinen Vater, fr. 7. §. 11. *eod.*

des Schuldners, deren Bestreitung eigentlich dem Vater obliegt[52], und in einem ihnen entsprechenden Betrag, und wenn es zur Befriedigung vollgültiger Schulden[53], oder 7) unmittelbar zum Besten des Vaters verwendet worden ist[54]. 8) Wenn der Schuldner erst nachher unter väterliche Gewalt getreten ist[55]. Endlich versteht sich 9) von selbst, dass die Vorschrift von der völligen Unwirksamkeit der Hingabe eines Darlehns dann wegfällt, wenn derjenige, welcher es gab, keine Befugniss zur Veräusserung der Gegenstände hatte, z. B. wenn er unmündig war; zwar entsteht auch dann kein Darlehn, wohl aber können die noch vorhandenen Gegenstände zurückgefordert, und soweit durch deren Verbrauch eine Bereicherung eingetreten ist, Ersatz dafür gefordert werden[56].

Einen eigenthümlichen Charakter nimmt das Darlehnsgeschäft dann an, wenn der Gläubiger für dargeliehenes Geld, oder die dafür angeschafften Sachen zu einem besonderen Geschäftszweck, sei es auch nur dem Transport, die Gefahr übernimmt, so dass die nach dieser Voraussetzung entstandenen Verluste daran ihn treffen; namentlich ist hierbei an überseeische Versendungen dieser oder jenes, und also an die durch reine Unglücksfälle drohende Gefahr gedacht, doch kann auch jede andere Gefahr gemeint sein[57]. Nur dürfen Geschäfte dieser Art nicht zur Verdeckung von Zinswucher oder von verbotenen Glücksspielen gebraucht werden[58]. Der Umfang und die Grenze der Gefahr ist im Besonderen aus den näheren Verabredungen darüber zu entnehmen, an welchen es hier der Natur der Sache nach nicht fehlen kann[59]. Bei eigentlicher Seegefahr kommt es also namentlich darauf an, ob nur die Ankunft der Ladung am Ort der Bestimmung, oder auch die Rückkunft des Schiffs mit der Rückfracht gemeint gewesen, oder ob die Gefahr nur auf eine bestimmte Zeit übernommen worden ist[60]; die Uebernahme der Gefahr beginnt, wenn nichts Anderes bestimmt worden, mit dem Tag der vertragsmässig geschehenen Abreise[61]. Sobald nun der vorgesehene Unfall für den Gegenstand des Darlehns[62] eintritt, braucht der Schuldner beziehungsweise nichts, oder wenn ihn nur eine Ver-

[52] Fr. 7. §. 13. *eod.* (*si probabil. modum non excessit*, *certe eam quantitatem*, *quam pater subministrare solebat*) c. 2. 5. *eod.* fr. 47. in f. *de Solut.* (S. auch noch Nov. 115. c. 3. §. 13.), dass die Verwendung zu diesem Zweck wirklich geschehen sein müsse, und nicht der Vorwand desselben ausreiche, kann keinem Bedenken unterliegen; vergl. Glück a. a. O. S. 339 ff. s. auch die Stellen der Anm. [54]. Gegen den Vater findet hier die *de in rem verso actio* Statt, fr. 17. *ad Sct. Macedon.*

[53] Fr. 7. §. 14. *eod.*

[54] Fr. 7. §. 12. (14.) 17. und c. 2. *eod.*

[55] *Arg. e contr.* fr. 6. *eod.* — Die Ausnahme in fr. 3. §. 1. *eod.* erledigt sich jetzt dadurch, dass in diesem Fall ohne Zweifel schon *emancipatio germanica* angenommen werden muss.

[56] S. Anm. [42].

[57] Fr. 1. *de Nautico foenore*, c. 3. *ej. tit.* fr. 122. §. 1. *de V. O.*; das Geld heisst in den Quellen in diesem Fall *pecunia trajecticia*, und die Zinsen *usurae maritimae*, *nauticum foenus* kommt für diese sowohl, wie für jenes zusammen vor, c. 3. *ej. tit.* Im Fall übernommener Gefahr anderer Art spricht man von *foenus quasi nauticum;* dahin wird namentlich auch die Abhängigkeit der Verpflichtung zur Rückzahlung (sammt Verzinsung) von einer Bedingung irgend einer Art gerechnet, fr. 5. *eod.*, über die Auslegung dieser mannigfach bestrittenen Stelle s. Glück Komm. Bd. XXI. S. 154 ff. und neuerlich Goldschmidt Unters. zur l. 122. etc., dazu die kritische Ztschrft., Hdlbrg. 1855. Bd. 3 S. 183 ff. und Schletter's Jahrb. Bd. II. S. 317 ff.

[58] Fr. 5. *eod.* vergl. dazu Glück a. a. O. S. 161 ff.

[59] C. 4. *ej. tit.*

[60] 1, C. 4. und 3. *ej. tit.* 2, fr. 122. §. 1. *de V. O.* s. dazu Glück a. a. O. S. 173 ff. 3, fr. 4. pr. *de Naut. foen.* Möglich ist auch, dass die Gefahr unter der Bedingung übernommen worden ist, dass das Schiff zu einer bestimmten Zeit am Ort seiner Bestimmung ankomme, fr. 6. *eod.*

[61] Fr. 3. *de Naut. foen.*

[62] Die Gefahr des Schiffs selbst geht natürlich den Darleiher nichts an, obwohl diese mit der des Darlehns selbst in der Regel enge verbunden sein wird; vergl. Glück a. a. O. S. 170.

schlechterung betroffen, verhältnissmässig weniger als er empfangen zurückzuleisten; es ist aber dagegen dem Gläubiger gestattet, bis zu zwölf Procent Zinsen zu nehmen, die wie eine Art von Prämie erscheinen[63]. — Im gemeinen deutschen und in Partikularrechten finden sich mannigfaltige, diesen Rechtstheilen angehörige, dem Seedarlehn ähnliche Geschäfte[64].

§. 109.

Das Haben ohne Grund.

An das Darlehn schliesst sich eine Reihe obligatorischer Verhältnisse, deren Verbindung unter einander und mit jenem, ungeachtet sie sich nicht auf einen Vertrag zurückführen lassen, sondern nur aus vertragsähnlichen Gründen als entsprossen angesehen werden, von folgendem Gesichtspunkt aus als in ihrem Grunde und objektiven Inhalt gegeben erscheint[1]. Das Darlehn vermittelt den Uebergang des

[63] C. 26. §. 1. *de Usuris*, vergl. §. 87. [36] und Glück a. a. O. S. 192 ff.

[64] Vergl. dens. S. 201 ff. 216 ff. Eichhorn deutsch. Priv.-R. §. 116. Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 310 ff.

[1] In dem obigen Satz ist das römische Kondiktionensystem in seiner praktischen Bedeutung angekündigt. Von dem Gesichtspunkt dieser aus erscheinen die Kondiktionen einfach als Klagen, denen also irgend ein obligatorisches Verhältniss zu Grunde liegt, auf dessen Erörterung es für das System des heutigen Rechts ankommt, während jene als solche sich von anderen jetzt in nichts mehr unterscheiden. Um zu diesem Resultat zu gelangen, und zugleich den im Text angedeuteten organischen Zusammenhang der hier folgenden Obl. und somit ihre Stelle und Verbindung im System zu rechtfertigen, bedarf es folgender weiteren Erörterung. Die Kondiktionen haben im R. R. einmal, von der formellen Seite betrachtet, einen darin eigenthümlichen Charakter, dass sie sämmtlich *actiones stricti juris* sind; vergl. darüber §. 29. Anm. [44]. Der Grund davon ist aber, zweitens, in der materiellen Eigenthümlichkeit und Verwandtschaft derjenigen Verhältnisse zu suchen, welche im R. R. durch Kondiktionen geschützt sind, s. ebendas. Alle nämlich bezwecken im weitesten Sinn eine Zurückgewährung des, oder die Ersatzleistung rücksichtlich eines, aus dem Vermögen des Gläubigers in das des Schuldners übergegangenen Gegenstands, zu dessen Behalten, resp. dass er ihm zu Gute komme, für den letzteren kein Grund vorhanden ist, vielmehr dieses eine unbillige Bereicherung desselben zur Folge haben würde. Sie sind also (mit Ausnahme des Falls unter Nr. IV. s. Anm. [125]) ein Ersatz für die nicht mehr mögliche Vindikation; s. fr. 11. §. 2. *de R. C.* fr. 29. *de Cond. indeb.* §. 2. *I. Quibus alienare.* Der Grundtypus von allen ist das Darlehn, indem der Forderung aus diesem ein Vertrag zu Grunde liegt. Diesem sind die anderen, wie das zwölfte Buch der Pandekten ergiebt, angeknüpft worden, indem in ihnen ein ähnliches grundloses Haben vorhanden ist. Sucht man sie nach der Art der äusseren Veranlassungsgründe zu ordnen, so ergeben sich nach einem gewissen Klimax (von dem Darlehn, als einer gewollten Erweiterung des Vermögens des Schuldners durch kreditirtes, anvertrautes, Eigenthum an, die Erweiterung durch Eigenmacht in Folge anvertrauten Besitzes der Sache des Gläubigers, durch Uebertragung der Sache in irriger Voraussetzung, und durch Zufall,) die ersten drei der nachher folgenden Klassen. Vergl. Savigny System Bd. V. S. 525. (Die antiquirten der *expensilatio* und *stipulatio* interessiren hier nicht weiter, s. §. 29. Anm. [44], ebenso wenig die aus dem *damnat. legat.*, doch sind alle diese auf das Princip zurückzuführen, s. dens. a. a. O. S. 527 ff.) Zu dieser kommt die vierte Klasse als eine anomale Erweiterung und Ausdehnung der *condictio*, s. Anm. [125]. Ausser diesen kommt im R. R. noch vor die *cond. ex lege*, worüber zahlreiche Misverständnisse verbreitet worden sind, s. Glück Komm. Bd. XIII. S. 238., indem man namentlich jede Klage aus irgend einem Rechtssatz neueren Ursprungs, die keinen bestimmten Namen hatte, so nannte; es sind darunter Klagen aus Volksschlüssen zu verstehen, ausser welchen im Sinn dieses Gebrauchs auch die Klagen aus neueren kaiserlichen Edikten so genannt werden dürfen und müssen; s. Savigny S. 542 ff. und dort die

Eigenthums an seinen Gegenständen aus dem Vermögen des Einen in das des Anderen auf eine solche Weise und zu einem solchen Zweck, dass der letztere dadurch nicht bereichert werden, sondern an die Stelle des Verlusts für den ersteren eine Forderung treten soll. Die letztere ist also das vertragsmässige Aequivalent für die Verminderung des Vermögens des Gläubigers, während dadurch, was diesem

Beispiele und Anwendbarkeit auf die einzelnen Fälle nachgewiesen; und über weitere Ausdehnungen denselben S. 620. i); (über fr. 9. §. 1. *de R. C.* s. dens. S. 587.). Die *condictio* ist somit nur ein eigenthümlicher Name für eine Klage dieses Ursprungs, und bleibt gegenwärtig ganz ausser Betracht. — Den Kondikt.-Obl. entgegen stehen also alle diejenigen Verhältnisse, deren Inhalt ein Recht ist, welches der Gläubiger nicht an den Schuldner verloren hat, mithin solche, kraft deren er etwas fordert, was gar noch nicht zu seinem Vermögen gehört hat, oder den Genuss eines Rechts, welches noch jetzt dazu gehört; s. Savigny S. 565 ff. 590 ff. Nach diesen allgemeinen Bemerkungen über das Wesen der Kondikt.-Obl. sind sowohl wegen richtiger Anwendung und richtigen Verständnisses der Quellen, als zur weiteren Einsicht in das Wesen derselben, besonders auch für ihren praktischen Werth, folgende Bemerkungen zu berücksichtigen: 1. Da die Thatsache des *habere sine caussa* der Entstehungsgrund der Kond.-Obl. ist, so ist die Art der Ursache dieser Folge gleichgültig; daher entspringt sie aus jener Thatsache nicht nur in den Fällen der ersten drei im Text folgenden Arten, sondern auch in denen der vierten, und nicht etwa aus dem Delikt, wiewohl dieses seiner Natur nach Eigenthümlichkeiten zur Folge haben kann. 2. Die verschiedenen benannten Kondiktionen, *indebiti*, *triticaria*, *furtiva*, *sine caussa*, *ob caussam dator.* u. s. w. dürfen nicht als Glieder einer Eintheilung betrachtet werden, eine solche existirt vielmehr gar nicht, sondern sie sollen nur die Entstehungsgründe kurz bezeichnen, obwohl in den Quellen von diesem Mittel zu dem Ende keineswegs immer oder genauer Gebrauch gemacht wird. Daher sind denn auch, je nach Verschiedenheit der Auffassung, verschiedene Reihen und Abtheilungen der sämmtlichen Kondiktionsgründe gemacht worden. Sie sind also nicht als verschiedene Klagen zu betrachten, sondern als eine und dieselbe, nur auf verschiedene thatsächliche Voraussetzungen berechnet. Es gelten daher auch nur ausnahmsweise je nach diesen besondere Regeln, (s. z. B. II. A. b. hinter 3,) übrigens gilt nicht verschiedenes, sondern gleiches Recht. Vergl. Hasse d. J. im Rhein. Mus. Bd. VI. S. 60. und Savigny a. a. O. S. 608. 614. 3. Die Unterscheidung der Kondiktionen als: *certi*, *incerti* und ähnlicher, hat nur Bezug auf die römischen Klagformeln, s. diess. resp. S. 52 ff. 62 ff. und S. 609 ff. Die unter diesen vorkommende Bezeichnung der *triticaria cond.* bezeichnete jede, die nicht *certi* (oder *si certum petatur*) ist, d. h. nicht auf baares Geld ging, s. darüber Savigny S. 626. Hiervon hat also gar nichts mehr praktische Bedeutung. 4. Wenn fr. 9. *de R. C.* sagt, *certi cond. competit ex omni caussa, ex omni oblig., ex qua certum petitur etc.*, so ist das nicht etwa so zu verstehen, als seien nun alle übrige Klagen daneben entbehrlich, und man reiche mit der *cond. certi*, die überall Statt finde, ganz allein aus, sondern so, dass überall, wo deren positive Voraussetzungen zutreffen, nichts darauf ankomme, von welcher Art übrigens das unter den Partheien obwaltende Verhältniss sei; s. Savigny S. 519 ff. Vergl. auch noch Hasse a. a. O. über diese sog. Generalkondiktion, und ihren Ursprung aus dem Legisaktionen-Prozess. 5. Vermöge der Grundlage des *habere* (*sine caussa*) auf Seiten des Verklagten, (welches nach R. R. die Formel des *dare oportere*, *quod nostrum fiat*, nach sich zog, *cum res quae nostra est, nostra amplius fieri non potest*, *Gaius* IV. §. 4.) ist die *cond.* nicht möglich, so lange der Kläger das Eigenthum noch nicht verloren hat, mithin wird sie durch die Möglichkeit der *rei vind.* ausgeschlossen. Vergl. Savigny S. 515. — Es ist noch nöthig, hier auf folgende neuere Meinung — bei deren Aufstellung jedoch Savigny's Resultate über diesen allerdings sehr bestrittenen und wirklich hin und wieder dunkeln Theil des R. R. gar nicht beachtet ist — Rücksicht zu nehmen. Heimbach in d. Lehre von d. Frucht S. 119 ff. bestreitet die Bereicherung als allgemeine juristische Grundlage der Kondiktionen gelegentlich der *condictio* wegen verzehrter Früchte in einer Weise, welche es einigermaassen zweifelhaft macht, ob er nicht das Haben ohne Grund als solche ganz und gar in Abrede stelle. Das ist allerdings zu unbestimmt und leicht irreleitend, wenn man sagen wollte, die Kondiktionen beruhen im Allgemeinen auf dem Grundsatz,

abgeht, das Vermögen des Schuldners erweitert wird. Eine ähnliche Vermögensveränderung, also eine solche Bereicherung durch Erwerb aus dem Vermögen eines Anderen, die von diesem nicht beabsichtigt ist, wie bei Liberalitätshandlungen, namentlich bei Schenkungen, und nicht in einem Geschäft ihren Grund findet, welches einen Austausch von Leistungen enthält, und also absichtlich dieser Möglich-

dass sich Niemand mit dem Schaden eines Anderen bereichern dürfe. Allein „da alle Fälle der Kondiktionen mit einander die Erweiterung eines Vermögens durch Verminderung eines anderen Vermögens gemein haben, die entweder stets ohne Grund war, oder ihren ursprünglichen Grund verloren hat," (Savigny S. 525.) „so kann man darauf auch den Ausdruck einer grundlosen Bereicherung des Anderen aus unserem Vermögen anwenden;" (ders. S. 526.) „es giebt also nicht jede Bereicherung der Art ein Recht zur Rückforderung, sondern wenn deshalb eine solche Statt hat, so ist es eine Kondiktion." (Ders. S. 564. [a]).) Indem ich an dieser Auffassung der Sache mit Savigny und allen Neueren (s. auch Heimbach selbst im R.-Lexikon Bd. III. S. 877.) festhalte, ist es jedoch unerlässlich, Heimbach's Einwürfe und Bedenken in Ansehung der Bereicherung einer kurzen Prüfung zu unterwerfen, wobei es aber nicht möglich ist, die allgemeinen Beziehungen derselben von der besonderen Anwendung zu trennen, in welcher sie Heimbach vorzugsweise vorbringt, nämlich bezüglich der Kondiktion wegen Restitution percipirter Früchte, s. nachher Nr. III. Anm. [116]. Er betrachtet 1. den Grundsatz, dass sich Niemand mit dem Schaden des Anderen bereichern dürfe, (wohl zu merken jedoch, wie dieses nach dem Text aufzufassen ist) nur als ausnahmsweise im Kondikt.-Gebiet in drei Anwendungen wirksam (S. 127 ff. und 132.), wobei sich ergiebt, dass er ihn in zweien identisch damit auffasst, dass der Gegenstand der Klage sich nach diesem Grundsatz bestimme, s. darüber Anm. [88] und [119] Nr. 1. a. E., in der dritten aber (s. die Stellen der Anm. [119]) ihn als einen Kondiktionsgrund „im Gebiet anderer Kondikt." anerkennt, deren Isolirung in dieser Hinsicht unerklärt bleibt. Heimbach bemerkt hierbei, (S. 120.) dass, wenn man auch die Wirkung des Grundsatzes nicht auf die Ausnahmen beschränken wolle, er doch zur Erklärung der Fälle untauglich sei, wo die Kond. Ersatzklage des verlorenen Eigenthums gegen den unredlichen Besitzer sei, während sie gegen den redlichen Besitzer nicht Statt habe. Der Zusammenhang ergiebt, dass er nur von der Fruchtkondiktion (s. Anm. [119]) spricht. Dass nun der *b. f. poss.* (*rei frugif.*) ebensowohl bereichert werden könne, ist freilich richtig, aber er ist es nicht *sine caussa*, indem seine *b. f.* eine solche für ihn herstellt (s. §. 49. II. B.). Wenn ferner Heimbach rücksichtlich des *mal. fid. poss.* darauf verweist, „dass er nach jenem Grundsatz nicht sowohl für alle von ihm aufgezehrten Früchte, als nur für die gehalten sei, durch deren Verwendung er bereichert worden, weil jener über die Thatsache der Bereicherung hinaus nicht wirksam sein könne, die Quellen hingegen kennen diese Beschränkung nicht, sondern machen die Kondiktion von der Thatsache der Konsumtion abhängig," — so kann dagegen der hier statuirte Unterschied nicht zugegeben werden; soweit wie das Verzehren, reicht hier auch die Bereicherung, m. a. W. er hat alles Verzehrte *sine caussa*. Vergl. unten Anm. [91]. 2. Dagegen stellt Heimbach S. 137. nach einem Grundsatz suchend, zunächst, um die Konsumtion der Früchte als Kondikt.-Grund gegen den unredlichen Besitzer zulässig erscheinen zu lassen, jedoch einen solchen, welcher zugleich vermag, „den Eintritt der Klage bei Sachen, welche aufgehört haben, als Einzeldinge zu existiren, als Ausnahme von der Regel zu erklären," — einen solchen „in dem durch das Kondikt.-Recht sich hindurchziehenden Satz auf, dass, wenn sich Jemand der gegen ihn zustehenden Klage durch Culpa entzieht, die ihr zu Grunde liegende Verbindlichkeit rechtlich ebenso fortdauere, als wenn jene durch die *culpa* nicht unmöglich geworden wäre." (Vergl. oben §. 93. S. 193.) Allein — in den Kondikt.-Fällen dauert ja eine bestandene Obl. nicht fort, sondern es entsteht eine neue. Die Anwendung des *perpetuari oblig.* auf die Fortdauer der *rei vind.* in der *condictio* muss hiernach ebenso erkünstelt als willkührlich erscheinen. Wenn ders. dann 3. den Grundsatz, dass Niemand eine ihm gehörige Sache (ausser vom Dieb) kondiziren könne, „als im Kondikt.-Gebiet allgemein und durchgreifend wirksam" so auffasst, „nicht, dass die Kondikt. durch die *rei vind.* ausgeschlossen werde, sondern so, dass Sachen, die uns eigenthümlich ge-

keit Raum lässt, zu der mithin der rechtliche Grund ihrer Fortdauer fehlt, kann nun auf mannigfaltige andere Weise eintreten. In allen hierher gehörigen Fällen wird eine Obligation als entstanden angesehen, welche die Rückgängigmachung dieser Bereicherung zum Inhalt hat; man begreift sie im Allgemeinen unter dem: Haben ohne Grund, indem in allen entweder ursprünglich kein Grund vorhanden war, dass sich das Vermögen des Schuldners auf solche Weise erweitere, oder der dazu vorhanden gewesene Grund weggefallen ist [2]. Bestehen aber kann die Bereicherung in Vermögensrechten jeder Art [3], also in Eigenthum, in dem Erwerb von Sachenrechten, in der Befreiung von den aus solchen für den Einen bestehenden Rechten entspringenden Belastungen und Beschränkungen der Rechte eines Anderen, in Besitzveränderungen [4], in dem Erwerb einer Obligation [5] oder in deren Uebertragung oder Aufhebung [6], und in Vortheilen aus geschehenen Dienstleistungen [7]. Zur bestimmteren Abgrenzung dieser Obligationen von anderen Rechtsverhältnissen, mit denen sie in den Einzelfällen leicht verwechselt werden können, und zugleich zur näheren Darlegung ihres Charakters sind folgende Kriterien derselben zu beachten: 1) in Bezug auf den hauptsächlichsten Fall, den der Bereicherung durch Eigenthumserwerb, ist vor Allem zu bemerken, dass, wenn die Eigenthumsklage noch möglich ist, eine Obligation der Art nicht entstanden sein kann [8], dass also der Schuldner, sobald es sich um Rückübertragung des Eigenthums, oder Ersatz dafür handelt, dass dies nicht geschieht oder geschehen kann, Eigenthümer geworden sein muss. Denn die Forderung ist eben ein Ersatz für den an den Schuldner geschehenen Verlust des Eigenthums. In der ersteren Beziehung besteht jedoch hier eine Ausnahme, wenn sich Jemand durch ein Delikt der Sache eines Anderen

hören, (noch im gegenwärtigen Augenblick?) nur in sofern Gegenstand der Kondikt. werden können, als sie aufgehört haben, unser Eigenthum zu sein," — so muss ich bekennen, dass ich diesen Gegensatz nicht verstehe, (s. gegen Heimbach's versuchte historische Deduktion aus der Klageformel bei *Gai.* IV. 4. über deren richtige Auffassung Savigny a. a. O. S. 515 f.) und einen praktischen Unterschied damit nicht zu verbinden weiss. Wenn er aber ferner S. 146. in Verbindung damit sich darauf beruft, dass ja die wegen der Hauptsache anzustellende *rei vind.* auch auf die percipirten und konsumirten Früchte ausgedehnt werde, sofern nur dem Beklagten *culpa* zur Last falle, also die *cond.* wirklich nicht ausschliesse, so ist dagegen, auch abgesehen davon, dass die *cond. stricti juris*, die *rei vind. b. f. a.* war, zu bemerken, dass, wenn freilich zwar dies gelegentlich der *rei vind.* geschieht, es doch nicht durch und vermöge derselben geschieht, sondern vielmehr aus dem in §. 52. Anm. [36] a. E. erwähnten obligatorischen Gesichtspunkt. Uebrigens ist diese Forderung immer nur in der Voraussetzung möglich, dass die *rei vind.* erhoben wird, da sie ein für sich klagloses *accessorium* derselben betrifft. Die Kondiktions-Obligation wegen verzehrter Früchte ist dagegen eine ganz für sich bestehende, principale. Vergl. auch Koch das gem. und preuss. Obl.-R. Bd. III. 347. 3. und Zus. zu Anm. [101].

[2] Fr. 1. §. 3. *de Cond. sine causa.*

[3] Diese Erweiterung über den Fall der Eigenthumsübertragung ist in dem Gebiet des *datum ob caussam* (s. Nr. II. im Text) entstanden, und namentlich in dem der *cond. indebiti* häufig; vergl. Savigny a. a. O. S. 522. Dass sie nicht in allen Kondikt.-Fällen vorkommen kann, hat seinen Grund in den thatsächlichen Voraussetzungen der Veranlassungen zu ihnen.

[4] S. z. B. fr. 15. §. 1. *de Condict. indeb.* fr. 2. in f. *de Cond. trit.*, daher kommt die *cond.* vor, um ein Retent.-Recht an dem zurückgeforderten Gegenstand ausüben zu können, fr. 40. §. 1. *de Cond. indeb.* fr. 60. *de Leg.* I.

[5] Fr. 1. pr. §. 1. 2. *de Cond. sine caussa*, fr. 5. in f. *de A. E.*

[6] Fr. 4. 10. *de Cond. caussa data.*

[7] Fr. 26. §. 12. *de Cond. indeb.*

[8] Fr. 53. *de Cond. indeb.* fr. 67. *de J. D.* fr. 1. §. 1. *de Cond. tritic.* §. 14. *I. de Action.* Aus diesem Grunde entstehen auch beim Darlehn die im vorigen §. bei Anm. [14] und [15] vorkommenden Sätze; s. ferner fr. 29. *de Cond. indeb.* fr. 9. §. 1. *de Scto Macedon.*

bemächtigt hat, s. weiter unten Nr. IV., und eine Modifikation, in sofern in manchen Fällen, wo die Verhältnisse zweideutig erscheinen, eine *utilis rei vindicatio* und eine Obligation auf Rückgabe neben einander anerkannt werden [9]; dass eine solche auch dann anerkannt wird, wenn nach Eintritt einer auflösenden Bedingung eine übergebene Sache mit der Eigenthumsklage zurückgefordert werden kann, erklärt sich daraus, dass es vom Berechtigten erst noch abhängt, ob er das Eigenthum selbst schon als rückgängig geworden betrachten und also geltend machen, oder die Forderung darauf vorziehen will [10]. Von einer praktisch hervortretenden Verschiedenheit der Eigenthumsklage neben der Forderung wird jedoch hier nicht leicht die Rede sein können [11]. In der zweiten Beziehung aber tritt, ähnlich wie beim Darlehn, in sofern eine Modifikation ein, als zur Begründung der Obligation aus dem Haben ohne Grund dem Erwerb des Eigenthums auf Seiten des Schuldners das Verzehren und Verbrauchen von Sachen zu seinem Vortheil gleichsteht [12].

2) Es giebt unter den zu diesen Obligationen zu zählenden Fällen [13] manche,

[9] S. z. B. fr. 29. 30. *de Mortis caussa don.* fr. 55. *de Donation. inter vir.* c. 15. *de Donat. ante nupt.* Diese Fälle selbst gehören zu denen der *cond. sine caussa*, oder *ob caussam non secutam;* vergl. Anm. [1].

[10] C. 2. 8. *de Cond. ob causs. dat.* vergl. Unterholzner a. a. O. S. 8. E. Man kann hier nicht blos an solche Fälle denken, wo nur eine Obl. zur Rückübertragung eingegangen worden ist, s. §. 39. bei und in Anm. [7], diese Anschauung liegt dem Text zum Grunde. Es berechtigt wenigstens zu dieser Annahme die Stellung dieser Konst. in dem genannten Titel und ihr allgemein lautender Inhalt. Sollte jedoch, was sich allerdings nicht absolut in Abrede stellen lässt, nur ein solcher Obl.-Fall gemeint sein, so würden diese Stellen die Fälle der Anm. [13] vermehren, und dann nicht schlechthin für den Eintritt einer Resolutivbed. eine Kondikt.-Obl. als begründet angesehen werden können, sondern dieser Fall die Anschauung darbieten, dass immer das Eigenthum zurückgefallen, mithin *rei vind.* allein anwendbar sei; der im Text enthaltene Grund würde dann dadurch als aufgewogen betrachtet werden müssen, dass die erforderliche Erklärung schon eventuell im Voraus gegeben sei.

[11] Da nämlich der Gläubiger hier stets zugleich Eigenthümer ist, und eine Klage dasselbe giebt, wie die andere, so müssten speciell die eine oder die andere betreffende Ereignisse vorgefallen sein, um ein Interesse an dieser Unterscheidung hervortreten zu lassen. Nimmt man nicht an, dass diese mit Absicht und Bewusstsein herbeigeführt worden sind, (z. B. Verzicht auf die eine Klage allein) was immer zu den seltenen und aussergewöhnlichen Erscheinungen gehören wird, so ist die zugestandene Möglichkeit kaum denkbar.

[12] S. Anm. [119].

[13] Im R. R. kommen Kondiktionen in mehreren Fällen vor, wo entweder ausdrücklich oder mindestens stillschweigend die Zurückgabe übertragenen Eigenthums für den Eintritt gewisser Umstände, unter welchen längeres Behalten als *sine caussa*, resp. vertragswidrig erscheint, ausgemacht worden ist. So namentlich: 1, c. 1. *de Pactis conv.* fr. 43. §. 1. und fr. 50. pr. 67. *de J. D.* Rückgabe der bestellten Mitgift verabredetermaassen oder nach getrennter Ehe. 2, Fr. 9. §. 3. *de J. D.* Rückgabe der Parapherna, *quae sic dantur ut fiant mariti.* 3, Die Restitution im Fall eines Quasiususfructus; fr. 5. §. 1. *de Usufr. ear. rer.* 4, Rückgabe eines Schuldscheins nach getilgter Schuld, c. 5. *de Cond. ex lege.* Das Eigenthümliche dieser Fälle, soweit wirklich, wenn auch nur stillschweigender Vertrag anzunehmen ist, besteht ausschliesslich in der römischprozessualischen Natur der *condictio*; da diese verschwunden ist, so kann gegenwärtig hier durchaus keine besondere von anderen vertragsmässigen irgend verschiedene Vertragsobl. mehr angenommen werden, sondern wir müssen alle diese Fälle unter die Zahl der Verträge im Allgemeinen verweisen. Dass aber mindestens stillschweigender Vertrag anzunehmen sei, folgt daraus, dass die Nothwendigkeit der Rückgabe für den Eintritt der vorausgesetzten Ereignisse den Betheiligten ebensowohl als bekannt gedacht werden muss, wie die Nothwendigkeit dieses Eintritts selbst, mithin es überhaupt auf ein nur eine Zeitlang dauerndes und kein definitives Haben bei der Uebergabe abgesehen ist. Das *sine caussa* Haben tritt hier hinter das vertragswidrige Haben zurück.

welche nicht selbstständig, sondern nur in Verbindung mit und neben anderen Obligationen entstehen; für diese ist eine sorgfältige Unterscheidung der Momente, wo sie aus diesen heraustreten, besonders nöthig, indem die geringe praktische Bedeutung derselben nicht selten ein völliges Verschwimmen beider in einander als eingetreten erscheinen lässt[14].

Der Umstand, ob sich derjenige, welcher Das erwirbt, dessen Ersatz Gegenstand der Obligation wird, bei der Annahme und Aneignung über den Grund und die Berechtigung dazu in gutem Glauben befunden, oder eine entgegengesetzte dolose Ueberzeugung gehabt hat, ist auf die Entstehung dieser Obligationen, soweit dabei jene Momente überhaupt relevant werden können[15], von je nach folgenden Umständen verschiedenem Einfluss. Möglich ist zuvörderst, dass die Handlung des Schuldners dabei den Charakter eines wirklichen Delikts an sich trägt, obwohl nicht diese Eigenschaft derselben, sondern auch dann nur die Bereicherung den Entstehungsgrund der Obligation, von welcher hier die Rede ist, abgiebt; s. nachher Nr. IV. Da ferner zu dieser Kategorie von Handlungen auch die wissentliche Annahme dessen gehört, was ein Anderer in einem Irrthum über die rechtliche Nothwendigkeit dazu leistet[16], guter Glaube von der anderen Seite aber den Grund der letzteren nicht herstellen kann, sondern die Bereicherung in solchen Fällen nicht weniger eine Obligation entstehen macht, so folgt, dass in den Fällen unter Nr. II. A. b., d. i. denen der Rückforderung einer gezahlten Nichtschuld, umgekehrt immer Empfang im guten Glauben vorausgesetzt ist (s. das. Nr. 4,); in den anderen Fällen kann der gute Glaube bei Annahme der Leistung nicht weiter in Frage kommen. Bei den nun noch übrigen Veranlassungen zur Entstehung eines Habens ohne Grund kann sowohl Dolus als Motiv vorkommen und vorausgesetzt sein, als nicht. So setzen die der ersten Klasse nicht nothwendig einen solchen voraus. Es ist zwar nicht unmöglich, dass die hierbei denkbaren Handlungen sogar den Charakter eines Delikts annehmen, so namentlich den des widerrechtlich zugefügten Schadens, und dann würden sie systematisch der vierten Klasse anheimfallen, obwohl sich eine praktische Verschiedenheit danach nicht ergeben könnte. Doch würden Fälle dieser Art zu den grossen Seltenheiten gehören. Uebrigens aber, und mithin in der grossen Mehrzahl der hierher zu zählenden Fälle, kann die Bereicherung zwar sowohl Folge eines Dolus als einer blos kulposen Handlung sein, wiewohl der erstere in der Regel die Veranlassung dazu sein wird; das Haben muss aber immer nothwendig das Bewusstsein der Widerrechtlichkeit rücksichtlich seiner Entstehung in sich begreifen. Bei der zuletzt übrigen, der dritten Klasse endlich, kann je nach Umständen bei dem Erwerb des Gegenstands, um die hier in Rede befindliche Obligation entstehen zu lassen, sowohl guter Glaube vorausgesetzt sein, indem im entgegengesetzten Fall eine andere Obligation entstehen würde, als die

14 Dies gilt namentlich von der nachher unter Nr. I. und den unter Nr. IV. folgenden. Doch kommen auch solche Fälle vor, in welchen zu demselben Behuf, der Rückgabe eines dem Empfänger eigenthümlich übertragenen Gegenstands, eine Kontraktsklage und eine *condictio* konkurriren, s. fr. 11. §. 6. *de A. E.*, ein wesentlicher Unterschied beider Klagen mögte jetzt vergeblich gesucht werden. Ob aber ausser dem Fall jener Stelle, Rückgabe der *arrha*, nachdem der Kauf durch *mutuus dissensus* aufgelöst worden, worauf auch *ex emto* geklagt werden kann, noch andere ähnliche vorkommen, weiss ich nicht, kann mir aber keinen denken.

15 So wird namentlich in den Fällen, wo *condictio caussa data caussa non secuta* anwendbar ist, von einer *mala fides* des Empfängers gar nicht die Rede sein können, vergl. die Beispiele im Text II. c., ebenso in denen der *cond. sine caussa* und *ob injustam caussam*, s. II. a. Vergl. noch die Fälle in Anm. 119 und 120.

16 S. unten Anm. 123.

entgegengesetzte Ueberzeugung darum, weil bei gutem Glauben gar keine Obligation begründet werden würde, als endlich auch auf die Ueberzeugung nichts weiter ankommen. Es muss deshalb im Näheren auf die einzelnen dieser Klasse angehörigen Arten von Fällen verwiesen werden.

Die sämmtlichen Fälle der Vermögensveränderung nun, welche als die Grundlage dieser Obligationen zu betrachten ist, ordnen sich unter folgende Hauptgruppen von Gestaltungen der thatsächlichen Veranlassung dazu. Es ist erstens möglich, dass zwar nicht Eigenthum, wie beim Darlehn, aber in Folge eines Vertragsverhältnisses der Besitz oder die Detention einer Sache des Gläubigers übertragen worden, und der Schuldner diese eigenmächtig auf eine solche Weise zerstört, dass er sich dadurch bereichert, also das Eigenthum an sich zieht; zweitens, dass zwar der Uebergang des Eigenthums oder irgend eines anderen Vermögensrechts vom bisherigen Eigenthümer bezweckt wird und geschieht, aber aus einer entweder ursprünglich auf Irrthum beruhenden, oder einer solchen Absicht, zu welcher nachher der Grund wegfällt, diese also als falsch erscheint; drittens, dass der Andere den Gegenstand gar nicht übergeben erhält, sondern durch Umstände und Zufall in dessen Besitz und dadurch auf Kosten des Eigenthümers zu einer Bereicherung gelangt[17]; viertens endlich, dass dies durch ein Delikt des Schuldners geschehen ist. Nach diesen Möglichkeiten sind die einzelnen ihnen angehörigen obligatorischen Verhältnisse näher zu erörtern[17b].

I. Die der ersten Art erscheinen gewissermaassen als eine besondere Seite anderer Obligationen aus Verträgen, die nur rücksichtlich der Entstehung allerdings ihre eigenthümliche Wirksamkeit und in Folge dessen ihre Bedeutung erhält. Wenn nämlich vermöge eines bestehenden Vertragsverhältnisses der Schuldner die dem Gläubiger gehörige Sache in Händen hat, so steht zwar letzterem nach Endigung dieses Verhältnisses die Klage aus demselben auf Rückgabe der Sache, und wenn sie nicht mehr vorhanden ist, auf allen Fall die auf Schadensersatz und Interesse deshalb, und wenn sie noch vorhanden ist, auch die Eigenthumsklage zu. Wenn jedoch der Schuldner die Sache zerstört und sich dadurch bereichert hat, also namentlich durch Verzehren, Verbrauchen und Ausgeben[18], so wird darin der Grund zu einer besonderen auf Ersatz und Interesse gerichteten Obligation anerkannt. Dies kann vorkommen namentlich beim Depositum[19], dem Kommodat und dem Pfand-[20] sowie dem Gesellschaftskontrakt[21], dem Auftrag[22], der Vormundschaft[23], bei der auftragslosen Geschäftsführung und ähnlichen Geschäften[24] und der Miethe

[17] Vergl. Savigny a. a. O. S. 524 f.

[17b]) Vergl. Reinhardt in d. Ztschrft. Bd. 8. (N. F.) S. 53 ff., der diese vier Hauptgattungen von Gestaltungen der thatsächlichen Verhältnisse nicht für geeignet hält, die Einsicht in dieses Rechtsgebiet zu befördern. Ich muss Anderen zu beurtheilen überlassen, ob sein vorgeschlagener Gang leichter dazu führt.

[18] M. W. kommt zwar in den hierauf bezüglichen Stellen (s. bes. die in den ff. Anmm. citt.) das Verzehren und Verbrauchen nicht ausdrücklich als Grund der Bereicherung vor, allein es ist keine andere Möglichkeit zu dieser vorhanden; das Haben ohne Grund kann nicht anders eingetreten sein. Vergl. Savigny a. a. O. S. 518 ff. Auch ist in fr. 13. §. 1. *Depos.* ausdrücklich anerkannt, *non enim quemquam hoc ipso*, *quod depositum accipiat*, *condictione obligari;* ist das Kontr.-Verhältniss an sich also nicht dazu hinreichend, so muss ein anderer Grund der Obl. vorhanden sein, und das ist eben das Haben *sine caussa*.

[19] Fr. 13. §. 1. *Depos.* vergl. dazu Savigny S. 518a), welcher darauf aufmerksam macht, dass der hier erwähnte *dolus* nicht nothwendig als Motiv zum Handeln vorausgesetzt sei, sondern dass es auch aus *culpa* hervorgehen könne.

[20] Fr. 1. 4. §. 1. *de R. C.*

[21] Fr. 28. §. 4. *de Jurejur.*

[22] Fr. 28. §. 4. *d.* fr. 5 *de Except. rei jud.*

[23] Fr. 5. *de Tutelae.*

[24] Fr. 28. § 4. *de Jurejur*

von Sachen[25]. Nicht leicht werden diese Obligationen und die Klagen aus ihnen im Vergleich zu denen aus den genannten Verträgen als praktisch verschiedene hervortreten[26], sondern höchstens etwa dann, wenn es sich um einen verschiedenen Anfangspunkt der Verjährung der einen und der anderen Klage handelt; ausserdem werden jene mit den Hauptobligationen wie in Eine zusammengeflossen erscheinen.

II. Die zweite Klasse von Fällen umfasst in sofern die wichtigsten, als die Obligationen in ihnen darum am selbstständigsten erscheinen, weil eine Verwechselung oder Verwandtschaft und Verbindung mit anderen dabei nicht vorkommen kann. Sie umfassen alle eine vom Eigenthümer einer Sache geschehene Hingabe derselben, oder die Uebertragung eines Vermögensrechts überhaupt[27], zwar in der Absicht, dass sie die volle rechtliche Wirkung haben solle, der aber entweder ein Irrthum von Anfang an in der rechtlichen Möglichkeit des Zwecks, oder in der Verwirklichung desselben, oder in der falschen Voraussetzung einer bestehenden rechtlichen Nothwendigkeit zu dieser Handlung, zu Grunde lag, oder welche zwar ursprünglich auf einer richtigen Voraussetzung der Art fusst, die jedoch später dadurch ihre Wahrheit verliert, dass der Grund der Leistung, welcher, um sie zu behalten, fortdauern müsste, weggefallen, und so die Voraussetzung unrichtig geworden ist[28]. Von dieser Regel kommt dann eine Abweichung vor, wenn etwas zu einem unsittlichen Zweck angenommen wurde, es ist nämlich dann der Irrthum an sich entweder nicht hinreichend, oder ganz entbehrlich; s. darüber A. d.

A. Es ist nöthig, zuvörderst die Gestaltungen und Möglichkeiten der hierher gehörigen Fälle näher zu prüfen, um diese selbst sicherer erkennen und begrenzen zu können. Die gedachte Alternative kann jedoch hierbei nicht ohne Weiteres als Gesichtspunkt eingenommen werden, sondern es sind folgende drei speciellere maasgebend, in denen sich der von jenem aus zu übersehende Kreis theils im Allgemeinen, theils im ersten besonders wiederfindet.

25 Fr. 34. §. 2. *de O. et A.*

26 Nach R. R. gab es ein solches in der prozessualischen Verschiedenheit der *stricti jur. a.*, während jetzt die ehemaligen *condictiones* als *bonae fid.* zu behandeln, den Kontraktsklagen also gleichzustellen sind. Einen anderen, als den im Text angegebenen praktischen Unterschied weiss ich augenblicklich nicht aufzufinden, wiewohl ich ihn nicht in Abrede stellen will.

27 Es ist hier zu erinnern an Nr. 1. und 2. der besonderen Bemerkk. in Anm. [1] und Anm. [3].

28 So ist hier die *caussa* zu verstehen, wenn von *habere sine caussa* die Rede ist, also ganz in dem Sinn, wie er §. 96. Anm.[25] erörtert worden, m. a. W. die rechtliche Veranlassung zur Leistung. Denn die thatsächliche ist gleichgültig, vergl. §. 22. z. A. und das. III. 3. z. A. Daher findet z. B. keine Rückforderung eines in falscher Voraussetzung geschenkten Gegenstands Statt, fr. 52. 65. §. 2. *de Cond. indeb.* fr. 3. §. 7. *de Cond. caussa data*, fr. 13. §. 2. *de Donation. inter virum.* Es ist also im Allgemeinen der rechtliche Zweck, zu dem die Leistung geschieht, welcher hier in Betracht kommt und dessen Ungrund die Obl. zur Rückleistung des Uebertragenen begründet. Die unrichtige Meinung über die juristische *caussa*, der Irrthum, kommt allerdings in allen hierher gehörigen Fällen, d. i. in den Kond.-Obl. *sine caussa*, *ob injustam caussam*, *indebiti*, *caussa data et non secuta* vor, (wegen der *ob turpem caussam* s. Anm. [80]) und somit gehören sie eigentlich alle zu dem §. 22. unter e, gestellten Ausnahmefall, wo eigentlicher Irrthum bei einer Handlung Einfluss auf deren Wirksamkeit äussert; indessen tritt doch fast nur bei den Fällen der *cond. indebiti* der Irrthum als ein subjektiv bedeutsames Moment hervor, so dass er in Bezug auf sie näher zu charakterisiren ist, (s. a. 3. im Text) während bei den übrigen der objektive Erfolg überwiegt, dass kein Grund zum Behalten des Empfangenen vorhanden, und an sich als wirksam anerkannt ist, ohne dass weiter die Willensbestimmung zum Geben in ihrer ursprünglichen Täuschung in Betracht kommt. Vergl. schon §. 22. Anm. [55] und Savigny System Bd. III. S. 361.

a. Es ist möglich, dass ein rechtlicher Grund zu der Leistung gar nicht besteht, oder der, welchen man vor Augen hatte, der rechtlichen Gültigkeit ermangelt[29]. Das erstere kann wieder sowohl in der Art zutreffen, dass überhaupt ein solcher Grund zur Uebertragung eines Rechts niemals bestanden hat, z. B. wenn etwas rechtlich Unmögliches beabsichtigt und dazu etwas gegeben worden, wenn ein Schuldschein ausgestellt worden[30], ohne dass Zahlung darauf erfolgt ist[31], wenn einem Minderjährigen ein Darlehn gegeben worden, der dadurch nicht als Darlehnsschuldner, sondern nur soweit er bereichert ist, verpflichtet wird[32]; als auch so, dass zwar ein wirklicher Grund bestand, dieser aber wieder weggefallen ist[33], z. B. zum ferneren Behalten eines für einen Gegenstand dem Eigenthümer geleisteten Ersatzes, welchen ein Anderer verloren, nachmals jener aber wiedergefunden hat[34]. Das zweite, der Mangel der rechtlichen Gültigkeit für den Grund der geschehenen Leistung kann auf vielfache Weise eintreten; so z. B. wegen der demjenigen, welcher eine Sache hingab, fehlenden Veräusserungsfähigkeit[35], wobei der Zweck, zu dem es geschah, gleichgültig ist; so ferner, wenn das Verlorene in unerlaubtem Glücksspiel gezahlt worden[36]; bei ungültigen Schenkungen, wenn die Eigenthumsklage nicht mehr anwendbar ist[37]; bei Zahlungen aus erzwungenen Obligationen[38].

[29] Das erste ist das eigentliche *sine caussa*, das zweite das *ob injustam caussam*, s. 1, fr. 1. pr. *de Cond. sine caussa*, und 2, fr. 6. *de Cond. ob turpem c.* — Die Verbindung beider Begriffe durch *vel* in der Titelrubrik Cod. IV. 9. zeigt, dass keine irgend wesentliche Verschiedenheit zwischen beiden herrscht, vergl. Anm. [1] Nr. 2. und Anm. [71]. Uebrigens reicht die *cond. sine caussa* weiter, als auf den obigen Fall im Text, s. nachher Nr. III. und die Stellen der Anm. [118] und vergl. Savigny a. a. O. S. 524. — und ferner noch Anm.[13]. Vergl. Reinhardt im Arch. Bd. 29. S. 233 ff. und die Anm. [17b] angef. Abh. Ein neueres ausführliches Werk über die *Cond. sine caussa* und *caussa data*, *c. non secuta*, ist von Erxleben, Gött. 1853. 2 Bde.

[30] Fr. 5. pr. §. 1. *de Cond. sine caussa*, c. 1. *de Cond. ob caussam*, Bestellung einer Mitgift durch Hingabe von Geld, während die beabsichtigte Ehe wegen absoluten Hindernisses nicht möglich ist (*caussa nulla*). Wer diese Fälle zu denen *ob injust. caussam* zu zählen vorzieht, würde kein praktisch verschiedenes Resultat erhalten.

[31] S. §. 96. Anm. [46]. Eigentlich nähert sich dieser Fall dem *caussa data non secuta*, indem die Auszahlung ausblieb, in deren Voraussetzung der Aussteller des Schuldscheins wissentlich zu Werke schritt. Indessen überwiegt hier doch die Auffassung der Sachlage, dass überhaupt von Anfang an kein Grund zum Haben des Dokuments vorhanden war.

[32] Die Möglichkeit, dass nach R. R. hier *cond. sine caussa* anerkannt worden sei, ist auch neben der Annahme in §. 17. Anm. [23] a. E. nicht zu leugnen, denn eine *cond. ex mutuo utilis* mit der Beschränkung auf *quantum locupl. factus est*, ist von einer *cond. sine caussa* nicht zu unterscheiden.

[33] Fr. 1. §. 2. *de Cond. sine caussa*, das ist die *caussa*, *quae finita est.*

[34] Fr. 2. *de Cond. sine caussa* vergl. fr. 17. §. ult. *Commodati.* Andere Beispiele bieten namentlich auch Schenkungen unter Lebenden und von Todeswegen, unter auflösenden Bedingungen, für den Fall des Eintritts derselben dar: s. a, fr. 2. §. 7. und fr. 3. *de Donation.* c. 2. 3. 8. *de Cond. ob causs. dator.* c. 7. *de Revocand. donat.* b, Fr. 8. §. 1. fr. 13. pr. 18. §. 1. fr. 24. 35. §. 3. 4. 6. fr. 23. 30. *de Mortis caussa donat.* fr. 19. pr. *de R. C.* (fr. 13. §. 14. *de Mortis caussa donat.*). Ebenso, wenn eine Schenkung unter einer nothwendigen Voraussetzung geschehen und diese nicht eingetreten ist, s. c. 15. §. 1. *de Donat. ante nupt.* Ferner die Bestellung einer Mitgift unter einer gleichen Bedingung wie eine Schenkung auf den Todesfall, fr. 76. *de J. D.* bei Brautgeschenken nach aufgehobenem Verlöbniss, c. 15. *de Donation. ante nupt.*

[35] Fr. 29. *de Condict. indeb.* fr. 9. §. 1. *de Scto Macedon.* vergl. Sell's Jahrb. Bd. I. S. 146.

[36] C. 3. *de Aleatoribus.* S. ferner c. 5. *de Legib.* und danach 1, c. 18. *de Usuris*, (Anm. [42] a. E.) 2, c. ult. *de Pactis pignor.*

[37] Vergl. §. 23. Anm. [41].

[38] Fr. (6.) 7. *de Cond. ob turp. causs.*

b. Es ist ferner möglich, dass die Leistung aus der irrigen Voraussetzung einer dazu bestehenden rechtlichen Nothwendigkeit hervorgegangen ist, also aus dem Glauben, dass man sie schuldig sei[39]. Diese Fälle haben mit einander gemein, dass ausnahmsweise der Irrthum in den Beweggründen zu einer an sich rechtlich bedeutsamen Handlung Einfluss auf deren Existenz und Wirksamkeit gewinnt[40], s. §. 22. III. 3. e. Die bestimmteren Erfordernisse zur Entstehung der also auf Rückforderung der irrig geschehenen Leistung einer Nichtschuld gerichteten Obligation sind aber folgende:

1, die Leistung muss in der Absicht geschehen sein, eine Schuld damit bezahlen zu wollen. Zur Charakteristik dieser Absicht, in der Richtung auf den Zweck[41] und zu ihrer Unterscheidung von der, welche auch bei den dem vorigen Buchstaben angehörigen Handlungen in Voraussetzung des Mangels eines rechtlichen Grunds von Anfang an nicht gefehlt haben kann, gehört im Besonderen, dass der Zahlende ein Schuldverhältniss voraussetzte, welches an sich vollwirksam hätte bestehen können, aber:

2, gar nicht, oder nicht so bestanden hat. In der ersten Hinsicht muss also die Obligation auch nicht einmal eine klaglose gewesen sein[42], diese äussern vielmehr darin ihre allgemeine Wirksamkeit, dass die auf sie geleistete Zahlung nicht als Nichtschuld zurückgefordert werden kann; dagegen kommt darauf nichts an, ob die Obligation überhaupt gar nicht rechtlich entstanden und wirksam geworden, oder ob sie dieses wirklich war, und nur hinterher erloschen ist, oder ihre Wirksamkeit nur durch eine dagegen erwachsene zerstörliche Exception hätte ausgeschlossen werden können[43], es sei denn, dass diese nur das civile und nicht das naturale Element der Obligation berührt[44]. Andererseits aber wird die vor der Verfallzeit einer Schuld geleistete Zahlung nicht als auf eine Nichtschuld geschehen betrachtet[45],

[39] Fr. 1. pr. *de Cond. sine caussa.*

[40] S. Anm. [28].

[41] Das ist das Gesammtresultat aus allen die *condictio indebiti* betreffenden Quellenzeugnissen. Es sind niemals solche Fälle, wie Zahlung an sich schon rechtlich ungültiger Schulden, also *ex injusta caussa*, als *indebita* bezeichnet.

[42] Fr. 13. pr. 19. pr. fr. 38. §. 1. 2. fr. 59. 64. *de Cond. indeb.*, s. vorzüglich noch §. 82. Anm. [14], [18], [19], §. 32. Anm. [43] und §. 108. [43]. — Wegen gezahlter nicht schuldiger Zinsen s. §. 87. [58].

[43] 1) Fr. 53. (*ex his caussis quae jure non valuerunt, vel non hab. effectum*) 2) (*except.*) fr. 26. §. 3. 7. fr. 30. 32. §. 1. fr. 40. pr. §. 2. fr. 43. *de Condict. indeb.* 3) Einerlei ist es, ob die Schuld von Anfang an als *indebitum* zu betrachten war, oder es erst hinterher geworden, s. a) fr. 2. §. 1. fr. 3. 37. 41. *de Cond. indeb.* fr. 16. *de Contrah. emt.* fr. 7. *de Hered. vel act. vend.* b) Fr. 25. 30. (59.) *de Cond. indeb.* — Zu bemerken ist hierbei: 1. die Schuld eines völlig insolventen Schuldners ist keine Nichtschuld, s. fr. 8. *eod.* 2. Verzögerliche Exceptionen können so wenig den im Text gedachten Einfluss äussern, fr. 10. *de Cond. indeb.*, als solche Rechtswohlthaten, von denen ein Schuldner wider eine Klage würde haben Gebrauch machen können, also bevor er noch gezahlt hat, s. fr. 51. *eod.*, so z. B. die Rechtswohlthat der Kompetenz, fr. 9. *eod.* der Theilung der Schuld, fr. 26. 49. §. 1. *de Fidejuss.* der Beschränkung auf den Betrag des *peculii*, bei der *a. de peculio*, fr. 11. *de Cond. indeb.* Ungewissheit, ob eine *exc. perpetua* oder *temporaria* sei, begründet die *cond. indeb.*, s. fr. 56. *eod.* 3. Sind mehrere Schuldner vorhanden, deren jeder zu verschiedenen Zeiten die ganze Schuld gezahlt hat, oder ist dies sonst von anderen Personen geschehen, so ist die spätere Zahlung allemal *solutio indebiti*; ist es gleichzeitig geschehen, so ist diese proportionsmässig als geschehen zu betrachten, und danach die Rückforderung zuständig, fr. 25. (s. noch fr. 67. §. 2.) fr. 19. §. 4. fr. 20. *de Cond. indeb.* Wenn die Schuld nicht Geld oder fungible Sachen betrifft, so ist eine Theilung des Rückforderungsrechts nicht möglich, der Gläubiger hat dann die Wahl, welche Leistung er als auf die Schuld geschehen betrachten, und welche er zurückgeben will, fr. 21. *eod.*

[44] S. §. 82. Anm. [15].

[45] Fr. 10. *de Cond. indeb.*, denn hier ist nur die *solutio* hinausgeschoben.

ja es kann sogar eine ursprüngliche Nichtschuld, auf welche die Zahlung geschah, dadurch hinterher Bestand gewinnen, dass sie durch richterliches Erkenntniss oder gültigen Vergleich für eine Schuld anerkannt und erklärt worden ist[46]. — In der zweiten Hinsicht kann die Obligation durch die Leistung entstehen, wenn zwar wirklich eine Schuld besteht, aber nicht darauf, was geleistet worden[47], oder nicht in dem Umfang[48] und der Modalität[49], wie jene in Irrthum hierüber geschah, oder wenn dieser die Person des Gläubigers oder des Schuldners betraf, d. h. wenn die Leistung an eine unrichtige Person[50], oder von Jemandem in dem irrigen Glauben, dass er sie schulde, geschah, während ein Anderer Schuldner war[51]. Ferner, wenn

[46] Für den ersten Fall ist also vorausgesetzt, dass nach der Zahlung Streit entsteht, der dann die *cond. indebiti* selbst sein wird; für den zweiten, dass erst nach der Zahlung eine Anerkennung derselben als solcher von Seiten des Zahlenden geschehe. Ist der Vergleich oder die *res jud.* vor der Zahlung erfolgt, so besteht nun für diese eine vollkommene Schuld, ohne dass es weiter auf deren materielle Richtigkeit ankommt; s. 1) fr. 65. §. 1. *de Condict. indeb.* c. 11. *eod.* c. 23. *de Transact.*, gültig muss der Vergleich freilich sein, s. fr. 65. §. 1. fr. 23. §. 1. 2. *de Cond. ind.* c. 2. *eod.* 2) fr. 74. §. 2. *de Judic.* fr. 36. *Famil. ercisc.* (vergl. hierzu Glück Komm. Bd. XI. S. 83 ff.) c. 1. *de Condict. indeb.* c. 2. *de Compens.* fr. 29. §. 5. *Mandati.* Ebenso wenig ist da von *solutio indeb.* die Rede, wo durch sie eine unverbindliche Handlung genehmigt wird, c. 9. §. 1. *de Cond. indeb.* Wenn dagegen aus dem cit. fr. 36. *Famil. ercisc.* und unter Hinzunahme der drei folgenden unter Nr. 2) citt. Stellen namentlich auch die Folgerung gezogen wird (s. z. B. Vangerow Leitf. Bd. III. S. 371. f), dass ein faktischer Irrthum über die Existenz einer *res judicata* die Rückforderung des darauf Gezahlten ausschliesse, so kann ich mich davon nicht überzeugen. Denn die beiden Konstit. setzen ein *judicatum* schlechthin und einfach in solcher Verbindung voraus, dass man an der Existenz eines geführten und entschiedenen Prozesses nicht zweifeln kann; fr. 74. §. 2. *de Judic.* sagt das sogar ausdrücklich (ganz ebenso fr. 29. §. 5. *Mandati,*) und in fr. 36. *d.* endlich ist der geführte Prozess in seinen Grundzügen und seiner Entscheidung ausführlich erzählt. Wenn es nun in der Erörterung des Falls heisst: *sed tu videris eo moveri, quod non est jud. fam. ercisc. nisi inter coheredes acceptum; sed quamvis non sit jud. tamen sufficit ad impediend. repetitionem, quod quis se putat condemnatum*, — so kann ich das in dieser Verbindung und neben den übrigen verwandten Stellen nur davon verstehen, *sc. jure condemnatum*, nicht davon, dass der Irrthum über die Existenz einer *res jud.* die *repetitio* ausschliesse. — Eine Singularität ist es, dass die *cond. indeb.* zuweilen da wegfällt, wenn aus einem vermeintlichen Grunde gezahlt worden, aus welchem, wenn er wahr wäre, *lis inficiando crescit in duplum*; c. 4. *de Cond. indeb.* s. §. 101. Anm. 69 a. E. unter 3); sie erklärt sich wahrscheinlich daher, dass eine solche Zahlung wie eine vergleichsmässige betrachtet wurde. Im Anschluss an diese Fälle erklärt das fr. 36. *d.* H. Witte die Bereicherungsklagen, S. 95 f., indem er die Zahlung mit dem bei der *a. judicati* als einem Litiskrescenzfall vorkommenden Ausschluss der *c. indebiti* in Verbindung bringt, und namentlich den sonst in fr. 5. §. 1. *de A. E.* vorliegenden Widerspruch dadurch zu heben sucht. Hier scheint eine Irrung vorzuliegen; in dieser letzten Stelle ist nicht von einem Judikat die Rede, sondern von einem *heres testamento quid vendere damnatus.* Mithin liegt kein Widerspruch vor. Vergl. übrigens über diese Stelle *Cujacius Op.* T. VII. p. 742.

[47] Fr. 32. §. 3. *de Cond. indeb.*

[48] Fr. 18. §. 3. *de Dolo malo.* fr. 26. §. 4. 5. *de Cond. indeb.*

[49] Fr. 19. §. 3. fr. 26. §. 13. fr. 32. pr. §. 3. *de Condict. indeb.* (fr. 19. *de Leg.* II. enthält bei Legaten eine Ausnahme.) Ueber die Wahl, wenn mehrerlei geleistet worden, was nur alternativ geschuldet wurde, bestand nach diesen Stellen (besonders der zweiten) eine Meinungsverschiedenheit, die in c. 10. *de Cond. indeb.* dahin gelöst ist, dass, wenn die Wahl dem Schuldner zustand, er auch bei der Rückforderung die Wahl habe. Dies ist denn auch analog auf die Fälle der dritten und der fünften Stelle anzuwenden.

[50] Fr. 65. §. 9. *de Cond. indeb.*, dahin gehört auch ein vermeintlicher Bevollmächtigter, c. 8. *eod.*, ausgenommen, wenn Genehmigung erfolgt ist.

[51] Fr. 65. §. 9. *de Cond. indeb.* fr. 19. §. 1. *eod.*

die Forderung bedingt war, und die Leistung während auch noch ferner andauernden Obschwebens der Bedingung geschehen ist[52], und wenn die Leistung nur gegen eine Sicherheitsleistung andererseits zu geschehen brauchte, und diese dabei nicht gefordert worden und nicht geschehen ist[53].

3, Der Irrthum, welcher zu der Leistung die Veranlassung gegeben hat, muss ein entschuldbarer, regelmässig also ein thatsächlicher sein[54]. Ueberhaupt nämlich

fr. 31. pr. *de H. P.*, wissentliche Zahlung der Schuld eines Anderen ist keine Zahlung einer Nichtschuld, fr. 44. *eod.*, wenn sie in der Hoffnung der Genehmigung geschah, und diese ausgeblieben ist, so ändert das nichts, wohl aber, wenn diese bevorwortet wurde, wo dann *caussa non secuta est*, vergl. Glück Bd. XIII. S. 86 ff. und Vangerow a. a. O. S. 372. und die bei beiden Gen. Vergl. §. 114. Anm. [24]. — Hierbei ist noch folgender besonderer Fälle zu gedenken: 1) wenn Jemand als Erbe Erbschaftsschulden bezahlt hat, und ihm der Nachlass von einem Anderen als wahrem Erben entwunden worden ist, hierüber s. Bd. III. §. 192. Anm. [4]. 2) Wenn ein Nachlass *cum benef. inventarii* angetreten und Vermächtnisse ausgezahlt worden, sodann aber sich ergiebt, dass zur Bezahlung der Gläubiger nicht genug mehr übrig ist, so steht diesen *cond. indeb.* wider jene zu, c. 22. §. 5. *de Jure delib.*, ebenso den bevorzugten Gläubigern wider die einfachen, wenn diese Befriedigung erhalten haben, und der Rest für jene nicht hinreicht; §. 6. *eod.*

[52] Fr. 16. pr. 48. *de Cond. indeb.*, ebenso bei *dies incertus*, fr. 16. §. 1. *eod.*, nothwendige Bedingungen und gewiss eintretende unbestimmte Tage äussern diese Folge nicht, fr. 17. 18. *eod.* S. noch fr. 60. §. 1. *eod.*

[53] Fr. 39. *eod.*

[54] Ueber das Erforderniss des Irrthums überhaupt s. fr. 1. §. 1. fr. 24. 26. §. 8. fr. 50. 54. 62. *de Cond. indeb.* c. 1. 9. pr. *eod.* fr. 16. pr. *de Contrah. emt.* c. 5. *de Pactis.* Dass nur *per ignorant. facti indebiti soluti repetitionem competere*, *cum quis jus ignorans indeb. pecun. solverit*, *cessare repetitionem*, sagt ausdrücklich c. 10. *de Jur. et facti ignor.*, s. ferner c. 6. *eod.* c. 6. 7. *de Cond. indeb.* c. 9. *ad Leg. Falcid.* Dennoch besteht hierüber eine bekannte Kontroverse, durch deren neuerliche wiederholte Behandlung wenigstens eine Annäherung der verschiedenen Ansichten herbeigeführt worden ist. Die diesseits angenommene Ansicht ruht theils auf den gedachten ganz klaren Stellen, theils auf den allgemeinen Grundsätzen über den Irrthum; die entgegengesetzte, (jedoch jetzt fast allgemein mit der Beschränkung, „dass Rechtsbelehrung nicht wohl möglich gewesen,") wird theils auf allgemeine Gründe gestützt, wie, dass die Natur der *ex aequo et bono* hervorgehenden *cond. indeb.* dafür spreche, theils darauf, dass in vielen Stellen durchaus nur Rechtsirrthum verstanden werden könne, wie namentlich: fr. 32. §. 1. fr. 64. *de Cond. indeb.* c. 5. 10. *eod.* fr. 16. §. 2. *de Minor.* fr. 1. pr. *Ut in poss. leg.* fr. 16. §. 14. *de Publican.* Die c. 10. *de Juris et facti ignor.* und die übrigen vorhergenannten Konstitutionen sucht man damit zu beseitigen und zu erklären, dass sie Reskripte seien, s. bes. Mühlenbruch im Archiv Bd. II. S. 419 ff., und dass allerdings die Entschuldbarkeit eines Rechtsirrthums eine solche Seltenheit sei, dass die Regel so wie in c. 10. *d.* habe ausgedrückt werden können, und daher seien denn Stellen wie c. 7. *de Cond. indeb.* fr. 9. §. 5. *de Juris et facti ignor.* und c. 9. *ad Leg. Falcid.* von kulposem Rechtsirrthum zu verstehen; s. Thibaut in Braun's Erört. S. 41 ff. und Vangerow Leitfad. Bd. I. S. 102. Der Mühlenbruch'schen Ansicht, resp. mit dieser Modifikation, folgten seit dem Erscheinen seiner Abhandlung die Meisten, während früher die verneinende Meinung die grosse Mehrzahl der Juristen zu Anhängern zählte, s. Glück Komm. Bd. XIII. S. 135 ff. und dort die ält. Lit. (vergl. noch dens. Bd. XXII. S. 336 ff.) Dagegen hielten angesehene Civilisten an der entgegengesetzten Ansicht fest, so Puchta §. 300. k) der 1. Ausg., und ganz ausführlich vertheidigte sie von Neuem Savigny System Bd. III. S. 447 ff., aber mit der Erweiterung auf entschuldbaren Rechtsirrthum, so dass hierin die Ansichten der genannten Neueren (Mühlenbruch ausgenommen) eigentlich im Wesentlichen durchaus zusammentreffen, und das Verneinen oder Bejahen des Rechtsirrthums nur scheinbar einander widerstreiten. Ich halte nun Savigny's Theorie vom Irrthum und seinem Einfluss auf Rechtsgeschäfte wie überhaupt (s. §. 22. Anm. [40]) so auch in diesem besonderen Punkt für die allein richtige. Der Irrthum äussert diesen Einfluss nur ausnahmsweise, und niemals, wenn er verschuldet ist, und das ist vom Rechtsirrthum in der Regel

kommen hierbei die §. 22. III. 3. z. A. enthaltenen Regeln zur Anwendung. Schwanken und Zweifel, in welchen die Zahlung geschehen, stehen dem Irrthum gleich [55]; wissentliches Zahlen einer Nichtschuld ist eine Schenkung [56].

In Betreff des Beweises des zweiten und dritten Punkts ist im Besonderen Folgendes zu bemerken. Wenn der, welcher auf die Rückzahlung des Empfangenen in Anspruch genommen wird, den Empfang selbst leugnet, so ergreift eine Rechtsbegünstigung des Klägers in sofern Platz, als, sobald er nun nur den Empfang beweist, vermuthet wird, dass eine Obligation nicht bestanden habe, der Gegner also in die Nothwendigkeit geräth, die Existenz derselben, oder die Bekanntschaft des Zahlenden damit, dass er eine Nichtschuld bezahle, beweisen zu müssen. Der Beweis des Irrthums erledigt sich dann auf Seiten des Klägers durch die für ihn streitende Vermuthung ebenfalls. Hat jener aber den Empfang zugegeben, so muss der Kläger beweisen, dass keine Obligation bestanden, und dass er sich bei Leistung der Zahlung in einem entschuldbaren Irrthum befunden habe, indem die Vermuthung gegen ihn Platz ergreift, dass Niemand leicht Schulden bezahlen werde, welche nicht existiren [57]. Hiervon findet wieder zu Gunsten solcher Personen eine Aus-

anzunehmen, s. §. 8. Nr. 1. und §. 22. Anm. [44]; er ist daher nicht absolut ausgeschlossen. Wegen Widerlegung der Mühlenbruch'schen und anderer Gründe verweise ich auf dens. S. 451 ff. Von anderen seitdem kund gewordenen Meinungen lassen sich die Gründe C. Sell's, der in s. Jahrbb. Bd. I. S. 116. [1] sich schlechthin zu der Ansicht bekennt, dass *error juris* der *cond. indeb.* nicht im Weg stehe, noch nicht beurtheilen, da er sie noch vorbehalten hat. Christiansen endlich, zur L. v. d. *natur. obl.* und *cond. indeb.* (Kiel 1844) S. 129 ff. und S. 141 ff. scheint allerdings (am letztangef. Ort kann man irre werden) sich der diesseitigen Meinung anzuschliessen, und sie noch aus besonderen inneren Gründen zu unterstützen zu suchen, indessen macht es seine damit immer wesentlich verbundene Betrachtung, vom Einfluss des *error juris* auf die *solutio* einer *naturalis obl.* unsicher, seinen allgemeineren Standpunkt zu beurtheilen. Da nun in der That gegenwärtig wohl schwerlich noch Jemand ernstlich behauptet, dass die aus Rechtsirrthum ohne allen weiteren Unterschied geschehene Zahlung eines *indebiti* die *cond. indeb.* begründe, so wenig wie andererseits, dass dies *error facti* immer vermöge, so mögte in der That der Kontroverse nunmehr alle praktische Bedeutung abgehen. Es ist daher nur noch zu bemerken, dass die den *error* betreffenden, scheinbar unbedingt redenden Stellen diesem doch immer nur soweit Einfluss beilegen wollen und können, als er einen solchen nach allgemeinen Regeln haben kann; sodann, dass die Stellen, welche von denen, die den Rechtsirrthum (obwohl wie gezeigt nur scheinbar,) in einer weiteren Ausdehnung vertheidigen, dafür als Belege angeführt zu werden pflegen, theils durchaus nicht nothwendig so zu verstehen sind, als hätten sie einen Rechtsirrthum vor Augen, sondern ganz unbedenklich sich von einem *error facti* erklären lassen, theils eben nur entschuldbaren Rechtsirrthum betreffen. Zu jenen ersteren sind zu zählen: c. 5. 10. *de Cond. indeb.* fr. 16. §. 2. *de Minor.* Auch fr. 38. pr. *de Cond. indeb.* (die berüchtigte *lex damnata*: *frater a fratre*,) kann von einem solchen Irrthum verstanden werden, nämlich, dass der zahlende Bruder des Vaters Tod nicht gekannt hat. Hiermit ist jetzt einverstanden Vangerow 6. Ausg Bd. 3. S. 410 ff. Vergl. auch Renaud's Abh. im Arch. Bd. 29. S. 147 ff. bes. über die cit. Schrift v. Christiansen u. H. Witte die Bereicherungsklagen S. 99 ff.

[55] C. 11. *de Condict. indeb.*

[56] Fr. 53. *de R. J.* s. die Stellen z. A. der Anm. [54].

[57] Dieses ist der Inhalt des fr. 25. *de Probat.*, s. darüber Glück Bd. XIII. S. 112 ff. und die hier Gen. Bd. XXI. S. 372 ff. Benfey in der Zeitschrift Bd. XIV. Nr. 7. und Vangerow Leitf. Bd. III. S. 378 ff. Den allgemeinen Grundsätzen nach müsste der Kläger, im Fall sein Gegner leugnet, beweisen, was er behauptet, nämlich sowohl die Zahlung einer Nichtschuld, als seinen Irrthum. Wahrscheinlich hat nun 1. die Erwägung, dass hierbei eine Negation mit in die Beweislast hineingebracht werden würde, und irgend ein moralisches, oder vermeintliches Billigkeitsgefühl eines nothwendigen Zwangs- und Strafmittels, wenn unter solchen Umständen sogar der Em-

nahme Statt, welche in Geschäften und Rechtssachen keine Kenntniss und Erfahrung besitzen, oder denen sonst eine Beschränktheit und Unerfahrenheit zu Statten kommt, z. B. Minderjährige und Frauen. Ohne Ausnahme dagegen fällt der Beweis immer auf den Kläger, wenn er nur behauptet, dass er mehr bezahlt habe, als er schuldig sei, oder wenn er das Dagewesensein der Obligation selbst zugeben muss, und nur behaupten kann, dass sie erloschen oder durch eine Exception aufgehoben gewesen sei, denn diese würde er auch als Verklagter zu beweisen gehabt haben. Der Irrthum braucht übrigens nur in seinen Veranlassungsgründen bewiesen zu werden, wobei, wie überhaupt, Eidsleistung gestattet ist, so dass er als Resultat daraus gefolgert wird.

pfang geleugnet werde, zu den im Text angegebenen Abweichungen geführt. Bei der gleichzeitigen Auflage und Führung des Beweises und Gegenbeweises im heutigen Prozess wird die Anwendung des Satzes einigermaassen fraglich. Nach m. E. berechtigen zuvörderst die Worte: *si quidem is*, *qui accepisse dicitur rem vel pecun. indeb.*, *hoc negaverit*, *et ipse qui dedit*, *legitimis probat. solutionem approbaverit* — in Verbindung mit den folgenden: *sin vero ab initio confiteatur quidem suscepisse pecunias etc.* zu der Annahme, dass die Folge für die Beweislast mit dem Leugnen in der Einlassung verwirkt ist, und späteres Eingeständniss vor dem Beweis nichts daran ändert, wenn freilich auch der Richter diese Folge erst in dem Interlokut ausspricht; vergl. §. 101. [69] und [73] unter Nr. 7. a. E. Kommt es nun zum Beweis der geleugneten Klage, so würde ein das Thema speciell normirendes Interlokut dem Kläger nur den Beweis des Empfangs auferlegen dürfen, resp. er braucht unter allen Umständen nur diesen zu beweisen, um obzusiegen, sobald nur der Verklagte nicht den ihm zuständigen, resp. obliegenden Gegenbeweis führt. Dieser betrifft nach den Worten des pr. der Stelle den Umstand *quod pecuniam debitam acceperit*. Unbedenklich wird demselben aber auch noch alternativ der dem Verhältniss angehörige hinzugefügt werden müssen, dass der Kläger wissentlich eine Nichtschuld gezahlt habe; denn den Charakter einer Exception (so dass er wirklich und zeitig excipirt sein müsste) kann man ihm doch nicht beilegen, da, wenn er wahr ist, es am Klaggrund mangelt, ein solches Moment aber dem direkten nicht dem indirekten Gegenbeweis angehört; dass in dem pr. der Stelle nur der gewöhnliche Fall (*debitum esse*) und nicht der seltenere und Ausnahmefall (*si sciens indeb. solverit*) berührt ist, daraus kann nicht gefolgert werden, dass dieser ausgeschlossen sein solle. Hält sich der Richter für gedrungen, den Beweis speziell zu normiren, so würde er die beiderseitigen Themata hiernach zu normiren haben, vergl. auch Benfey a. a. O. S. 205 ff. und Vangerow a. a. O. S. 378. 1., indessen ist es bekannt, dass etwas Wesentliches hierauf nicht gerade ankommt, sondern eine falsche Normirung den wirklich rechtlichen Erfordernissen keinen Eintrag thun kann. Bisher ist vom Irrthum und seinem Beweis noch nicht weiter die Rede gewesen. Es verhält sich damit so. Das pr. der Stelle erfordert für den gedachten Fall des Leugnens den Beweis des Irrthums ausdrücklich nicht, sondern nur für den: *si ab initio confiteatur suscepisse pecunias*, *dicat autem non indebitas ei fuisse solutas*; dann ist *praesumtio pro eo qui accepit*, — *et ideo eum qui dicit indeb. solvisse compelli ad probationes*, *quod per dolum accipientis vel aliquam justam ignorantiae caussam indeb. ab eo solutum sit*, *et nisi hoc ostenderit*, *nullam eum repetitionem habere.* Es ist also in dem erstgedachten Fall von dem Beweis des Irrthums auf Seiten des Klägers gar keine Rede; soweit er als ein Erforderniss der *cond. indeb.* erscheint, wird sein Vorhandengewesensein hier also durch die den Kläger begünstigende Vermuthung supplirt; *v. verba*: *Etenim absurdum est etc.*; genügt der Beweis des Empfangs, um den Beweis des *indebiti* zu erledigen, so kann der des *error* darum nicht gefordert werden, weil damit in der That jener geführt werden müsste. 2. Der entgegengesetzte Fall, also wenn die Zahlung zugestanden worden, ist in den vorher herausgehobenen Worten entschieden, und als Grund dazu die Vermuthung angegeben, *qui enim solvit*, *nunquam ita resupinus est*, *ut facile suas pecunias jactet*, *et indebitas effundat*, deren es eigentlich nicht bedürfte, um ihm die Beweislast aufzulegen. Der Beweis nun, dass keine Obl. entstanden, also *indeb. solutum esse*, genügt aber nicht, wenn nicht auch bewiesen wird, dass dies in entschuldbarem Irrthum ge-

4, Es ist schon weiter oben (s. bei Anm. 16.) nachgewiesen worden, dass der Empfänger bei Annahme der Leistung sich im guten Glauben befunden, also an dem Irrthum Theil genommen haben müsse, indem sonst die Obligation nicht aus dem Haben ohne Grund abgeleitet werden könnte, sondern sich dazu eine andere Form darbieten müsste [58]. Hiervon findet in sofern eine Ausnahme Statt, dass derjenige, dessen Stellvertreter in Rechtssachen in dem irrigen Glauben, dass jener etwas schuldig sei, eine Nichtschuld desselben aus eignen Mitteln leistet, aus deren Annahme dann ein Zurückforderungsrecht erwirbt, wenn er diese Handlung genehmigt [59], — und dass ferner, wenn umgekehrt eine solche Zahlung an Jemanden geschieht, den man für den Stellvertreter des vermeintlichen Gläubigers hielt, dieselbe Folge eintritt, sobald dieser das Geschehene genehmigt hat [60].

c. Es ist endlich möglich, dass eine Leistung um eines künftigen Zwecks und Erfolgs willen geschehen ist, so dass, wenn dieser ausbleibt, der Inhalt jener sich beim Empfänger ohne Grund befindet [61]. Nicht zu verwechseln hiermit sind Leistungen aus gegenseitigen Obligationen; bei diesen geschieht nicht eine Leistung der anderen wegen, sondern das Verhältniss steht schon durch den Vertrag fest, dessen Erfüllung die Leistung nur ist [62]. Es sind vielmehr solche Fälle gemeint, in denen eine Leistung entweder kraft ausdrücklicher Bevorwortung, oder vermöge der Natur

schehen sei, denn s. Anm. [56]. Im Besonderen aber verhält es sich damit so. Da, wo der Irrthum einen dem Irrenden günstigen Einfluss äussert, kommt es auf einen besonderen Beweis desselben nicht an, sondern sein Dasein wird aus den Umständen erkannt, s. §. 22. a. E. a. b. (c. fällt hier weg), d. Hiervon macht nun unser Fall (ebendas. lit. e.) eine Ausnahme, indessen nicht im Widerspruch mit der allgemeinen Natur des Irrthums, sondern in Rücksicht auf die vorgedachte Vermuthung, welche hier gegen den Zahlenden anerkannt wird, s. Savigny a. a. O. S. 466 f., und es ist dabei im Besonderen nicht zu übersehen, dass der Irrthum nicht gerade als innerer Seelenzustand, sondern nur sein Veranlassungsgrund (*caussa ignor.*) bewiesen, der Zusammenhang also durch einen Schluss ermittelt werden soll (s. dens. b.). (Wie Puchta §. 309. hinter i) dazu kommt, „der Beweis des Irrthums liege dem Kläger nicht ob,“ — weiss ich nicht.) 3. Die mehrgedachte Vermuthung wird nun wider gewisse Personen nicht anerkannt, fr. 25. §. 1. *d.* (das Standesprivileg. der Soldaten ist nicht für praktisch zu halten, s. überhaupt §. 8. Anm. [8]), der Schluss aber und die Anwendung, welche hiervon gemacht wird, ist in sofern eigentlich exorbitant zu nennen, als sie deshalb nicht blos von dem Beweis des Irrthums befreit werden, sondern es ganz einfach heisst, wenn eine solche Person *indebitum (solutum) queritur, tunc eum qui pecunias accepit, ostendere, bene eas accepisse, et debitas ei fuisse solutas, et si non ostenderit, eas redhibere.* Die Begünstigung dieser Personen in Ansehung des Beweises bezieht sich also nicht nur auf den des Irrthums, sondern auch auf den der Nichtschuld. Sie haben mithin nichts weiter zu beweisen, als die Zahlung. 4. Der letzte Punkt endlich ist in fr. 25. §. 2. *d.* enthalten; hier soll die *generalis regula* wieder eintreten, so dass alle Vermuthungen und Begünstigungen wegfallen. — Wegen fr. 25. §. 4. *d.* s. §. 96. Anm. [48]. — Die herrschende Lehre vom Beweis ist neuerlich von Windscheid, Lehre von der Voraussetzung S. 115 ff. 189 ff., angefochten worden, vertheidigt dagegen von Witte, Bereicherungsklagen S. 171 ff.

[58] S. Anm. [123].

[59] Fr. 18. *de Cond. furt.* Der *procurator* hat die *cond. furtiva* für sich; *una alteram tollit.* S. noch fr. 80. §. 7. *de Furtis.*

[60] Fr. 80. §. 5. *eod.;* gegen den *procurator* hat hier wieder die *cond. furt.* Statt.

[61] Fr. 23. p. 52. 65. pr. §. 4. *de Cond. indeb.* fr. 1. §. 2. *de Cond. sine caussa.* fr. 1. §. 1. *de Cond. ob turp. c.*, das ist die *caussa data, caussa non secuta, datum ob caussam* oder *rem* im engeren Sinn. Nach der letzten cit. Stelle pflegt ausdrücklich hervorgehoben zu werden, dass die *caussa* keine *inhonesta* sein dürfe. Da hierüber unter lit. d, das Weitere folgt, so kann es im Text einstweilen als stillschweigend vorausgesetzt betrachtet werden.

[62] Nach R. R. war dies mit den Innominatkontrakten anders, bei welchen im Fall der Ausübung des Reurechts die *cond. caussa data caussa non sec.* eine Hauptrolle spielte, s. §. 96. Anm. [3], und vergl. nachher Anm. [64].

des konkreten Verhältnisses in der Voraussetzung eines gewissen nicht eingetretenen Ereignisses geschehen, auf welches sie dergestalt berechnet ist, dass, wenn es nicht zutreffen sollte, der Grund, ihren Gegenstand zu behalten, für den Empfänger wegfällt[63]. In der That wird da, wo eine Bevorwortung der Art geschehen ist, nicht leicht kein Vertrag, aus dem dann auch die eventuelle Rückgabe zu fordern ist, angenommen werden können, und auch wo sie nur nach der Natur des Geschäfts als vorausgesetzt zu denken ist, wohl regelmässig ein stillschweigender Vertrag anerkannt werden müssen. Dann würde sich das Weitere ganz nach den Grundsätzen von den Verträgen regeln. Nur soweit das nicht zutrifft, haben also die Obligationen aus dem Haben ohne Grund bei der gedachten Voraussetzung praktische Bedeutung. Namentlich wird es immer zutreffen, wenn der vorausgesetzte Erfolg in der Leistung einer Sache von Seiten des Empfängers besteht[64]. In den übrigen Fällen ist aber allerdings die Entstehung der Obligationen aus jenem Grunde sehr wesentlich, und damit ihre Eigenthümlichkeit gegeben. So: wenn in der Erwartung, dass eine gewisse Ehe zu Stande kommen werde, eine Mitgift bereits gegeben[65], wenn in der Erwartung erfolgender Genehmigung eine Zahlung an einen unbeauftragten Stellvertreter geschehen, und jene ausgeblieben ist[66]; wenn eine Leistung zur Erfüllung einer Bedingung geschehen, der dadurch bezweckte Erfolg aber für den Geber nicht eingetreten ist[67]; wenn Jemand, um Miterbe zu werden, etwas konferirt, darauf aber die Erbschaft ausgeschlagen hat[68]; wenn eines Vergleichs wegen eine Zahlung geschehen, dieser aber nicht gehalten, sondern dennoch eine Verurtheilung erzielt worden ist[69]. Ob Zufall, oder eine Handlung, also Willkühr des Empfängers oder des Gebers, die Veranlassung zum Ausbleiben des Erfolgs gegeben, ist gleichgültig[70].

[63] Die blos stillschweigende Voraussetzung, also Hoffnung oder Erwartung, ist nicht dazu geeignet, s. fr. 3. §. 7. *de Cond. caussa data*, c. 7. *ej. tit.*

[64] Der Satz im Text ist eine nothwendige Folge des in der Anwendung des R. R. in Deutschland hervorgetretenen Vertragsprincips, wodurch namentlich alle die Geschäfte wirkliche Verträge geworden sind, welche nach R. R. erst als *re* wirklich kontrahirte Innominatkontrakte erscheinen. Dadurch ist denn, wie schon Anm. [62] bemerkt wurde, das Gebiet der *cond. caussa data etc.* sehr eingeschränkt worden. Sehr wichtig ist im Besonderen der Satz, dass bei Leistungen von Sachen um Sachen jetzt immer Vertrag anzunehmen ist; ich wüsste wenigstens nicht, wie dieser sollte ausbleiben können, da doch nothwendig eine Verständidung darüber vorausgehen muss, womit also Konvention vorhanden ist. Dies hat denn auch noch die praktische Folge, dass der zufällige Untergang des Gegenstands, dessen Uebergabe die *caussa ob quam* ist, nicht mehr hier als Ursache der Befreiung von der Verpflichtung aufgezählt werden kann (vergl. Anm. [70]), das *periculum* bei Innominatkontrakten ist vielmehr jetzt, (wenn nicht schon nach R. R., s. darüber Vangerow a. a. O. S. 218 ff.) nach den allgemeinen §. 106. bei Anm. [38] (s. diese) enthaltenen Grundsätzen zu beurtheilen.

[65] Fr. 6. 7. pr. 9. pr. *de Cond. caussa data*, s. dazu fr. 8. *eod.* fr. 7. §. 3. *de J. D.*

[66] Fr. 14. *de Cond. caussa data* (es ist auch *a. furti* möglich), s. noch fr. 58. pr. *de Solut.* (*verb. interesse*, *qua mente solutio facta sit etc.*) Vergl. zur ersten Stelle Vangerow a. a. O. S. 383. 5).

[67] Fr. 1. §. 1. fr. 2. *de Cond. caussa data*, fr. 65. §. 3. *de Cond. indeb.* Zahlung einer bedingungsweise dem Erben letztwillig aufgelegten Summe, wenn der letzte Wille umgestossen wird, so dass er daraus nicht erbt.

[68] Fr. 13. *eod.*

[69] Fr. 23. §. 3. *de Cond. indeb.* — Wegen der gewöhnlich hier auch aufgezählten *donatio sub modo*, s. §. 21. C. 3. Anm. [34].

[70] So gedenken 1) die in Anmm.[65] und [66] citt. Stellen eines Veranlassungsgrunds gar nicht. 2) In denen der Anmm. [67] und [68] ist Willkühr des Gebers als solcher gedacht. 3) Um so mehr muss natürlich Schuld des Empfängers die Rückforderung begründen, s. auch fr. 3. §. 2. 3. *de Cond. caussa data etc.* c. 10. 11. *de Cond. ob caussam.* 4) Derselbe Grund, sowie dass in den meisten Fällen der Ursache gar nicht gedacht

d. Zwar nur eine Modifikation der Fälle der ersten und dritten Klasse [71], dabei aber, wie schon z. A. dieser Nummer angedeutet, in einem gewissen Gegensatz zu

ist, spricht auch dafür, dass das Ausbleiben des Erfolgs aus Zufall dieselbe Wirkung äussert; s. auch fr. 5. pr. und fr. ult. *huj. tit.* Es herrscht jedoch hierüber mannigfache Meinungsverschiedenheit und Streit, namentlich wegen c. 10. *eod.*, welche den beiden Pandektenstellen zu widersprechen scheint; s. darüber Glück Komm. Bd. XIII. S. 37 ff. und Vangerow a. a. O. Bd. III. S. 218 ff. Ersterer unterscheidet mit Struve (Syntagm. Jur. civ. Exc. 18. th. 10.) zwischen den Fällen, wo der Empfänger ein Faktum, und wo er eine Sache leisten soll, er befindet sich aber dabei im Gebiet der Innominatkontrakte. Vangerow a. a. O. S. 382. unterscheidet zwischen den Fällen, wo die *caussa*, deren wegen man hingab, in einer erwarteten Gegenleistung des Empfängers besteht, und denen, wo sie von anderer Art ist. In jenen müsse die Rückforderung wegfallen, wenn Zufall die Gegenleistung unmöglich mache, in diesen könne der Natur der Sache nach auf einen Unterschied zwischen *casus* und *culpa* nichts ankommen. Diese Meinung halte ich für richtig. Mit anderen Worten heisst das nämlich soviel: in den Fällen der römischen Innominatkontrakte befreit der *casus* in jener Erscheinung von der Rückleistung des Empfangenen, und so ist natürlich die *cond. caussa data etc.* in Anwendung auf diese dann ausgeschlossen, während sie in den anderen wirksam ist, d. h. die Kond.-Obl. entsteht. (S. Anm. [64]). Bezieht man nun c. 10. *d.* auf Fälle der ersteren Art, eine Annahme, der nicht das Mindeste entgegensteht, so schwindet jeder Widerspruch. Ueber andere willkührliche Versuche die Konst. zu erklären, namentlich von einem besonderen Fall, (s. selbst Puchta §. 308. e) und Unterholzner S. 43. h) s. Vangerow S. 219 f. Der exegetische Streit hierüber ist seitdem lebhaft fortgesetzt worden, s. Schilling Institut. Bd. II. §. 325. [ee]) und bes. H. Witte die Bereicherungsklagen S. 126 ff. und bei diesem Bericht und Kritik der neueren Lit. Er hat für die praktischen Resultate keine Bedeutung, und deshalb habe ich keine Veranlassung, weiter darauf einzugehen; Wächter im Arch. Bd. XV. S. 219 f. giebt ihn als hoffnungslos auf. Wären daher auch Witte's Einwendungen gegen die vorstehenden kurzen exegetischen Bemerkungen und über das Verhältniss der c. 10. *d.* zu fr. 16. *ej. tit.* gegründet, so träfen sie mich auf meinem Standpunkt doch nicht. Denn von diesem aus kann ich ein *jus poenitendi* gar nicht in Betracht ziehen; daher nehme ich auch neben der *condictio caussa data etc.* nicht, wie Witte mir beimisst, „mit der herrschenden Meinung eine allgemeine *cond. ob poenitentiam* als zuständig" an, sondern ich erachte jene erstere in den wenigen Fällen des Texts beim Notenzeichen für Platz ergreifend. Was nun den Hauptgegenstand des Streits, das Seitens des Empfängers unverschuldete Ausbleiben der *caussa* anlangt, so giebt Witte S. 126. (u. S. 138.) für einen derselben (bei Anm. [65]) auch dann die *condictio* als selbstverständlich zu; aber in den übrigen — auf die Witte freilich nicht näher eingeht, — kann ja diese Voraussetzung gar nicht zutreffen. Ob es noch andere gebe, kann m. E. füglich auf sich beruhen, indessen weiss ich keine zu nennen; und ob man in einigen dieser Fälle (etwa in dem gedachten und bei Anm. [68]) von Reurecht reden will, ist zwar ziemlich gleichgültig, indessen besser zu vermeiden, um jeden Anklang an das römische antiquirte *jus poen.* zu unterdrücken; in den übrigen kann man auf die Frage von einem solchen gar nicht zukommen. — Die Frage nach der Forderung des Interesses, wenn Willkühr die Veranlassung zum Ausbleiben der *caussa* gegeben, gehört nicht hierher; ein Recht darauf kann nur aus der Verletzung eines Vertrags, oder der eines anderen Rechts folgen. Was fr. 5. pr. *de Cond. caussa data* hierüber sagt, hat wieder auf die Innominatkontrakte Bezug. Aus der Kondikt.-Obl. an sich lässt sich eine Interesseforderung weder wider den Schuldner, noch wider den Gläubiger denken.

[71] Nur eine solche, keinen eigenen Entstehungsgrund, umfasst die *cond. ob turpem c.*, s. Savigny S. 608. Der ersten Klasse gehören die Fälle an, wenn der unsittliche Zweck schon eingetreten oder noch nicht eingetreten ist, der dritten die, weil er nicht eingetreten ist. Indessen kommt das nicht weiter besonders zur Sprache, indem das Haben *ex turpi caussa* überall für sich ausreicht, wo es überhaupt eine Obl. begründet. Von vornherein ist also die *turpis caussa* allemal eine *futura*, aber nicht mehr absolut, wenn die desfallsige Forderung zur Sprache kommt. — Es ist bestritten, ob es eine von der *cond. ob turp. caussam* verschiedene *c. ex injusta caussa* gebe, s. Glück Bd. XIII.

allen[72], kann das Haben aus einem für unsittlich zu erachtenden Grunde enthalten. Die Unsittlichkeit kann je nach Umständen sowohl nur für den Empfänger, als nur für den Geber, als für beide gemeinschaftlich anzuerkennen sein[73], und sowohl darin bestehen, dass etwas gegeben worden, um den Empfänger zu einer rechtlich oder moralisch schon gebotenen Handlung zu veranlassen[74], als um ihn von einer an sich schon gleichergestalt verbotenen Handlung abzuhalten[75]. Trifft der letzte der gedachten drei Fälle zu, so entsteht keine Obligation zur Zurückgabe, sondern hier befindet sich der Empfänger im Vortheil[76]; ebenso im mittleren[77]. Nur im ersten Fall, also, wenn der Grund, aus welchem Jemand etwas empfangen, für ihn allein eine Unsittlichkeit begreift, kann der Geber das Gegebene zurückfordern[78], und zwar gleichviel, ob der künftige Zweck erreicht, eine gewisse Handlung (als Gegenleistung) also geschehen ist, oder nicht[79], — und, ob der Geber oder der Empfänger rücksichtlich des Beweggrunds sich in einem Irrthum befunden habe, oder nicht[80].

S. 50 f. Für die Verneinung scheint die Verbindung beider Begriffe durch *vel* in der Titelrubr. Dig. XII. 5. zu sprechen. Man hat sich jedoch neuerlich wohl einstimmig dafür entschieden, dass beide nichts mit einander gemein haben, s. bes. Koch das gem. u. preuss. Obl.-R. Bd. III. S. 343 ff.; auch kommen im Codex beide Begriffe unter verschiedenen Titeln vor. Dagegen ist darüber auch noch unter den Neueren eine, als solche m. W. zwar nicht zur Kontroverse gediehene, Meinungsverschiedenheit vorhanden, welche Fälle eigentlich als *ex injusta caussa* zu verstehen seien? Aeussersten Falls kommt zwar darauf nichts an, indem wenigstens Niemand mit ihr die Fälle der *cond. furtiva* zusammenstellt, und übrigens die Bezeichnungen der *caussa* keine wesentliche Verschiedenheit andeuten (s. Anm. [1] Nr. 2.). Puchta §. 311. versteht nämlich darunter unerlaubte Handlungen, ausgenommen das *furtum;* ebenso Vangerow a. a. O. S. 385. also, „wenn Jemand durch wirkliche Ausübung eines Frevels oder Unrechts einen Vermögensvortheil erworben hat, bes. nach fr. 6. u. 7. *de Cond. ob turp. causs.* sowie, wenn ein *mal. fid. poss.* Früchte oder Sachen konsumirt habe, nach c. 3. *de Cond. ex lege,* und fr. 13. §. 1. *Depos.*" (In diesen beiden Stellen ist weder ein äusserer noch ein innerer Grund vorhanden, die *cond.* gerade als *ex injusta caussa* zu verstehen.) Beide scheiden also die *cond. ob injust. causs.* von allen übrigen auch äusserlich streng ab. Dagegen stellt Unterholzner a. a. O. S. 25. bei b) die *injusta caussa* mit *sine caussa* zusammen. Dafür spricht die Verbindung beider durch *vel* in der Titelrubrik Cod. IV. 9., aber auch übrigens die unleugbare, nächste Verwandtschaft zwischen den unter a. z. A. bei Anm. [29] im Text zusammengestellten Fällen von Seiten ihrer inneren Natur. Ich halte es daher für systematisch richtiger, beide zu verbinden. Nach der Fassung der gedachten anderen Meinung scheint die Vermuthung gerechtfertigt, wo nicht der Schluss unabweislich, dass hierher auch noch Fälle aus eigentlichen Delikten zu zählen seien, von denen ich jedoch keinen, der eine Vermögensveränderung durch Eigenthumsübergang herbeiführen, d. h. eine Kond.-Obl. entstehen lassen könnte, und nicht der *cond. furtiva* anheimfiele, finden kann, ausgenommen den bei Anm. [124] erwähnten. Da nun für diesen Fall die *cond.* nicht bestimmt als *ex injusta caussa* bezeichnet ist, er aber unmöglich deren ganzes Gebiet ausmachen kann, (denn s. fr. (6.) 7. *d.*) so habe ich vorgezogen, denselben bei der Kond.-Obl. *ex furto* mit anzuführen, da er ein wirkliches Delikt begreift, die Fälle der *injusta caussa* aber, von denen sich das nicht sagen lässt, denen *sine caussa* anzuschliessen.

[72] Dieser Gegensatz besteht einmal in dem der *caussa honesta* zur *turpis*, s. fr. 1. pr. *de Cond. ob turpem c.*, sodann darin, was oben unter II. z. A. vom Irrthum gesagt wurde, s. nachher im Text a. E.

[73] Fr. 1. pr. *d.* S. §. 83. Anm. [20].

[74] Fr. 2. §. 1. fr. 4. §. 4. fr. 9. pr. §. 1. *de Cond. oc turpem c.*

[75] Fr. 2. pr. 4. §. 2. *eod.*

[76] Fr. 2. §. 2. fr. 3. 4. 8. in f. *eod.* c. 2. 5. *ej. tit.* fr. 5. pr. *de Cond. sine caussa.*

[77] *Arg. e contrar.* fr. 1. §. 2. fr. 4. §. 2. (*solius accip.*) *de Cond. ob turpem c.*

[78] Fr. 1. §. 2. fr. 4. §. 2. *eod.*

[79] Fr. 1. §. 2. fr. 9. pr. *eod.*

[80] Vergl. Savigny a. a. O. S. 521. a).

B. Inhalt dieser Obligationen ist im Allgemeinen Das, was der Gläubiger vorher dem nunmehrigen Schuldner hingegeben und geleistet hat. Von fungibelen Sachen sind also die empfangenen Summen zurückzuerstatten [81], und zwar in gleicher Art und Güte [82]; andere Sachen in Natur, und zwar entweder das Eigenthum an ihnen, oder der Besitz, je nachdem dieser oder jenes übertragen worden [83], und mit der Hauptsache nach allgemeinen Grundsätzen alle Accessionen [84]. Hat die Leistung keine Sache, sondern ein Recht oder ein Rechtsverhältniss betroffen, als: Bestellung oder Befreiung von Dienstbarkeiten [85], Abschluss von Verträgen [86] oder Befreiung von Verpflichtungen [87], so ist die Wiederherstellung des früheren Verhältnisses Inhalt der Obligation; und wenn persönliche Dienstleistungen [88], oder den eingeräumten Gebrauch von Sachen [89] u. s. w., so tritt der Ersatz dafür an die Stelle der Zurückgewährung. Auf diese Anwendungen der Regel äussert nun aber der Umstand grossen Einfluss, dass, da der Umfang der Obligation nothwendig mit ihrem Grunde, dem Haben, übereinstimmen muss, der Schuldner, in sofern die Frage danach in den einzelnen Fällen überhaupt relevant wird, nur soweit haften kann, als er durch den Empfang noch wirklich hat, d. h. bereichert ist, und es müssen besondere Gründe vorhanden sein, wenn er darüber hinaus haften soll. Dies äussert sich im Besonderen weiter also. Fungibele Sachen können nicht schlechthin der empfangenen Summe nach zurückgefordert werden, sondern nur soweit, als sich der Empfänger dadurch noch bereichert befindet [90], d. h. entweder das Empfangene noch hat, oder verzehrt hat [91], oder dafür andere Sachen [92] oder Geld erworben [93], oder Ausgaben damit bestritten [94], und somit die eigenen Mittel gespart hat, in irgend einer Weise also der Gesammtbetrag seines Vermögens da-

[81] Fr. 7. 19. §. 2. *de Cond. indeb.* fr. 25. pr. *de Praescr. verb.*

[82] Fr. 25. pr. *de Praescr. verb.* fr. 65. §. 6. *de Cond. indeb.* S. zu beiden Wächter im Archiv Bd. XV. S. 125.

[83] Fr. 15. §. 1. *de Cond. indeb.*

[84] Fr. 15. pr. 65. §. 5. *eod.* fr. 7. §. 1. fr. 12. *de Cond. caussa data*, fr. 38. §. 1. *de Usur.* Eine Ausnahme s. in fr. 17. pr. *de Donation. inter vir.*

[85] Fr. 22. §. 1. *de Cond. indeb.*

[86] Fr. 1. pr. 3. *de Cond. sine caussa*, fr. 1. pr. *Ut in possess. legat.* c. un. *de Errore calculi. Scripturae condictio*, wenn ein Schuldschein gegeben worden, s. in c. 3. *de Cond. indeb.*

[87] Fr. 4. 10. *de Cond. caussa data.*

[88] Fr. 40. §. 2. fr. 26. §. 12. *de Cond. indeb.* (fr. 25. *de Praescr. verb.* verneint nur die Rückforderung geleisteter Dienste in Natur als unmöglich, nicht ihren Werth. S. Wächter im Archiv Bd. XV. S. 125.). Da die *operae* hier überall als solche Freigelassener an ihren Patron zu verstehen sind, so ist der praktische Gebrauch hierin sehr eingeschränkt, indessen übrigens natürlich sehr wohl möglich, z. B. auch bei *fabriles operae*, s. fr. 26. §. 12. *d.*

[89] Fr. 65. §. 7. *de Cond. indeb.*

[90] Fr. 66. *de Cond. indeb.* (s. auch fr. 32. pr. *eod.*) fr. 7. §. 3. fr. 16. *de Donation. inter vir.* Der Textsatz bei Anm. [103] ist nicht zu übersehen!

[91] Fr. 65. §. 6. *de Cond. indeb.* s. Anm. [99]. Wenn H. Witte a. a. O. S. 154. (304.) dem widerspricht, so scheint er die im Text folgende Beschränkung, „und somit die eigenen Mittel gespart hat", nicht beachtet zu haben. Ist das nicht geschehen, was ganz der Beurtheilung der faktischen Umstände anheimfällt, so kann freilich von Bereicherung nicht die Rede sein; vergl. Savigny Syst. Bd. IV. S. 163. (h), (S. 63 ff.).

[92] Fr. 7. §. 3. *d.* Zinsen, welche der Empfänger bezogen, bleiben ihm, s. das. und fr. 15. §. 1. und fr. 16. *eod. tit.* Dieses erklärt sich daraus, dass er das Geschäft, wonach er sie bezieht, für sich abgeschlossen hat, Zinsen auch das Kapital nicht, wie Früchte und andere Accessionen die Hauptsache, aus sich selbst vermehren; ebenso verbleibt dem Empfänger, wenn er bei dem Erwerb anderer Sachen mit dem empfangenen Gelde Vortheil gehabt, dieser letztere, so dass er dem Kläger nur diese Summe und zwar ohne Zinsen zu ersetzen braucht, während bei einem unvortheilhaften Kauf der erkaufte Gegenstand anstatt des Gelds gegeben werden kann, s. d. erste Stelle.

[93] Fr. 26. §. 12. *de Condict. indeb.*

[94] Fr. 47. §. 1. *de Solution.*

durch vermehrt ist[95]. Das Nämliche gilt von empfangenen anderen Sachen[96]; Untergang und Verschlechterung trifft also den Gläubiger[97]; Verwendungen auf Verbesserungen können ersetzt verlangt werden[98]. Nur wenn der Schuldner doloser Weise, von der Sachlage unterrichtet, den Gegenstand vernichtet oder veräussert, kann der Taxwerth desselben gefordert werden, ohne dass sich der Gläubiger mit dem Kaufpreis zu begnügen brauchte[99]. Betrifft endlich die Forderung Dienstleistungen oder den Gebrauch von Sachen, so wird nicht deren objektiver Werth veranschlagt, sondern derjenige, welchen der Schuldner zu seinen Bedürfnissen aufgewendet haben würde, wenn er ihn nicht dadurch gespart hätte, dass ihm jene zu Theil wurden[100]. — Diese Grundsätze kommen in den unter A. dargestellten zwei ersten Klassen von Fällen bis zu dem Zeitpunkt zur Anwendung, wo der Verzug den Umfang der Forderung modifizirt; bei der dritten, soweit Zufall oder der Geber den Eintritt des Erfolgs vereitelt[101]; wenn aber die Schuld des Empfängers, so kann

[95] Fr. 65. §. 8. *de Cond. indeb.* Vergl. über den Begriff der Bereicherung selbst §. 102. Anm. [86] gegen das Ende, und über einzelne Verwendungen des empfangenen Gelds oder anderer Sachen zu gewissen Zwecken, je nach deren Bereicherung anzunehmen ist, oder nicht, Savigny Syst. Bd. V. §. 151. und S. 163.

[96] Fr. 26. §. 12. *de Condict. indeb.*

[97] Fr. 32. pr. *eod.*

[98] Fr. 26. §. 12. *d.*

[99] 1, *Arg. e contr.* fr. 26. §. 12. *d.* vergl. mit fr. 19. 37. §. 1. *de Mortis caussa donat.* 2, Dass Vernichtung der Veräusserung gleichstehe, ist nur aus der Analogie zu folgern und nicht, wie Manche thun, aus fr. 65. §. 8. *de Cond. indeb.*, wo *sciens* als von Anfang an zu verstehen ist. — Ohne Zweifel ist Beides auch von fungibelen Sachen anzunehmen. S. Anm. [101] Nr. 1,.

[100] 1, Fr. 26. §. 12. *de Cond. indeb.* 2, fr. 65. §. 7. *eod.*

[101] Fr. 7. §. 3. *de Donation. inter vir.* vergl. §. 93. II. A. 1. und 2. a. 4, a. E. (bei Anm. [64]). — Die Beschränkung des Umfangs folgt 1, für die *cond. indebiti* zuvörderst aus den von Anm. [90] an cit. sie besonders betreffenden Stellen. Dagegen ist in fr. 3. *de Cond. indeb.*, worin es heisst, dass der *b. f. poss.* nur *in quantum locupletior factus est teneatur*, nicht, wie von Manchen geschieht, ein Beweisgrund zu setzen, denn derjenige, welcher mit der *cond. indeb.* verklagt werden kann, ist ja, soweit es auf gegebene Sachen ankommt, kein *bonae fidei poss.*, sondern *dominus* geworden, seine *bona fides* ist nur zu dem Erwerb nöthig, denn sonst wäre er *fur*, s. Nr. IV. im Text, allein wenn dieses Erforderniss zutrifft, so wird er (dem Geber gegenüber) wirklich Eigenthümer. Von nun an kann also seine *bona fides* keine besondere Wirkungen äussern, resp. es kann nichts mehr darauf ankommen, um seine Verpflichtung zur Rückgabe besonders zu charakterisiren, denn als Eigenthümer kann er mit der Sache nach Belieben schalten. Eine spätere Aufklärung über das wahre Sachverhältniss und den vorgefallenen Irrthum kann aber den Erwerb des Eigenthums und seine Folgen nicht rückgängig machen. Der in dem Satz bei Anm. [99] enthaltene Einfluss des *dolus* ist eine wirkliche Ausnahme, welche in dem auf das *aequum et bonum* (fr. 66. *de Cond. indeb.*) zurückgeführten Ursprung der *cond. indeb.* wurzelt. — Gleichwohl ist von Manchen dies bestritten, und wenigstens für den Fall *indebite* gezahlter *res fungib.* behauptet, dass immer *tantundem* restituirt werden müsse, und zwar nach den Stellen der Anm. [81]. S. dagegen Wächter im Archiv Bd. XV. S. 122 ff. und C. Sell *de Condict.* p. 126. sqq. und Vangerow a. a. O. S. 381., übrigens auch schon Glück Komm. Bd. XIII. S. 71 ff. und dort die ältere Lit. Dennoch hat neuerlich wieder Heimbach, Lehre v. d. Frucht S. 127 ff., behauptet, dass nicht immer bei der *cond. indeb.*, sondern nur zuweilen die Bereicherung den Gegenstand der Klage bestimme, während es sonst Regel sei: was, resp. soviel wie in der Absicht, Zahlung zu leisten, gegeben worden, sei Gegenstand der *cond.* Ich muss jedoch seinen Beweis für verfehlt erachten. (S. Zusatz der Anm.) 2, In Ansehung der *cond. sine causa* ist in fr. 1. §. 3. *de Cond. sine caussa* zwar gesagt, *id posse condici quod — ad eum pervenit*, indessen ist dies nicht der Summe, sondern der Art nach, wie etwas *sine caussa* an Jemanden gelangt ist, zu verstehen, s. Anm. [118] a. E. Uebrigens muss aber hier ganz dasselbe gelten, weil diese *cond.* nicht generisch von der vorigen verschieden ist, s. Anm. [1] Nr. 2., auch passt hier nicht nur fr. 66. *de Cond. indeb.* vollkommen auch, son-

er natürlich daraus keinen Vortheil haben, sondern die ungeschmälerte Rückleistung des Empfangenen ist das Mindeste, was diese Handlungsweise zur Folge haben muss. Bei der vierten Klasse ist das Gegebene ebenfalls ohne alle Beschränkung Inhalt der Forderung, indem derjenige, wer aus einem unsittlichen Grunde etwas

dern diese Stelle ist sogar ausdrücklich auf das *sine caussa habere* berechnet. S. ferner Anm. [122] und [121]. 3, Von der *cond. caussa data et non secuta* gilt wiederum die erstere Bemerkung. Es ist ja auch im Besonderen für den Fall der *caussa non secuta* in fr. 1. §. 1. 2. *de Condict. sine caussa* schlechthin die *condictio* anerkannt, also doch unter ganz gleichen Verhältnissen, wie die *cond. sine caussa.* Die allerdings in dem Titel *de Cond. caussa data etc.* gewöhnliche Bemerkung, dass das Ganze zurückgezahlt werden müsse, was gegeben worden, s. z. B. fr. 5. §. 3. *eod.*, (*quod accepit*) ist also immer unter der Voraussetzung zu verstehen, dass es der Empfänger noch hat. Es wäre auch, wenn derselbe das Empfangene als ihm gehörig betrachten und behandeln darf, während Zufall oder Schuld des Gebers den Eintritt der *caussa* verhindern, im höchsten Grad unbillig, wenn jener, soweit er darüber auf eine Weise verfügt, dass er keinen Vortheil mehr davon hat, oder er es ganz oder zum Theil verloren haben sollte, mehr als er noch hat, zurückzugeben verpflichtet wäre. Haftet er doch beim Ausbleiben des bezweckten Erfolgs durch Zufall unter Umständen zur Rückgabe gar nicht; s. Anm. [70]. (Vergl. auch Puchta §. 308. bei f)). Und dass des Gebers eigene Willkühr einen Grund abgeben könne, den regelmässigen Umfang der Obl. aus *habere sine caussa* zu überschreiten, ist noch weniger möglich. Anders hingegen ist es, wenn das Ausbleiben des Erfolgs an dem Empfänger liegt; sollte er dann auch nur soweit haften, als er noch hat, so würde er sich willkührlich zum Schaden des Anderen bereichern können. Die vorstehend vertheidigte Ansicht, von der grössten Mehrzahl der namhaftesten Civilisten angenommen (s. die zahlreich bei H. Witte, die Bereicherungsklagen S. 140. Gen., darunter: Wächter, Puchta, Vangerow, wozu noch Savigny Syst. Bd. IV. S. 163. und Bd. V. Beil. XIV. bes. S. 523. 526. 564. zu fügen,) ist schon früher von Erxleben, (die *cond. sine caussa*, Gött. 1850. 1853.) und jetzt nach ihm von Witte a. a. O. ausführlich bestritten worden. Der Angriff auf die herrschende Theorie betrifft inzwischen nur die Leistung fungibeler Sachen, wegen individuell bestimmter ist kein Streit, s. vorher Anm. [96] ff. Dabei wird indessen auf den Hauptsatz, „dass die Kondiktionen überhaupt nur gelten, wenn das Gegebene entweder noch vorhanden ist, sei es in seiner ursprüngl. Gestalt, oder durch Verwandlung in ein anderes Vermögensstück, oder wenn es durch *dolus* des Empfängers verschwunden ist,“ (s. Savigny Bd. IV. S. 163., und vergl. oben Anm. [1]) nicht eingegangen. Aber auch die Beweisführung im Einzelnen aus den Quellen ist verfehlt, auch häufig unverständlich und widersprechend. Ich bemerke daher hier nur zu dem, was W. über die *condictio indeb.* sagt, der er die meiste Ausführlichkeit zugewendet hat, Folgendes. W. will hier den Gegenbeweis theils aus der Natur der Sache, theils aus den Quellen führen. In ersterer Hinsicht stellt er den Satz auf: „stehe fest, dass jede Vermögenszuwendung, um Bestand zu haben, sich auf einen Rechtsgrund stützen müsse, so folge daraus, dass Alles das herausgegeben werden müsse, was eines solchen Rechtsgrunds entbehre, und zwar von Anfang (resp. vom Wegfall des Grunds) an.“ (S. 140.) Hierin liegt aber eine *petitio principii*, in sofern in allen Fällen das *ob caussam datum* (wobei *caussa* als irrige, ungegründete zu denken ist), also *sine caussa*, *indebiti etc.* der Irrthum das *creditum* vertritt, (s. Savigny Bd. V. S. 521. fr. 5. §. 3. *de O. & A.*) und also bis zu seiner Aufklärung allerdings die Wirkung einer wirklichen *caussa* für das Empfangene haben muss. Den Beweis aus den Quellen anlangend, so liefern begreiflich die Stellen, welche die *repetitio* auf das *tantundem* erstrecken, keinen Gegenbeweis, indem dieses freilich als eigentliches Klagobjekt erscheint, also die Regel ausspricht, während die Beschränkung auf die Bereicherung durch *doli exceptio* erfolgt; s. Anm. [103]. Wird nun ferner nach Stellen, wie fr. 26. §. 12. fr. 65. §. 7. und 8. *h. t.* andererseits anerkannt, dass nicht der Verlust des Leistenden, sondern nur der den Umständen nach zu schätzende effektive Gewinn des Empfängers zurückgefordert werden kann, (S. 141.) ingleichen, dass bei einer *indebite* solvirten *species* der Empfänger auch dann frei ausgeht, wenn er (solange er keine Kenntniss von dem mit der *cond. indeb.* zu verfolgenden Anspruch hat,) die Sache durch eigene Handlungen verschlechtert

empfangen, gar nichts davon behalten soll[102]. Die Zurückführung des Umfangs der Forderung auf den Gegenstand der Bereicherung wird vom Verklagten mittelst Einrede geschehen müssen, indem der Kläger nicht veranlasst ist, darauf Rücksicht zu nehmen[103].

C. In Ansehung der Personen, zwischen welchen die Obligationen durch das Hingeben und Annehmen entstehen[104], ist im Besonderen Folgendes rücksichtlich der Betheiligung Dritter dabei zu bemerken. Es gelten darüber vorerst auch hier die allgemeinen Grundsätze, wonach, bei geschehener Vertretung einer Person durch eine andere in rechtlicher Hinsicht, die Wirkung der Handlung für und wider die erstere eintritt oder ausbleibt[105] (s. §. 102. I. A.). Doch hat es der Vertreter im Hingeben, wenn er dabei diese Handlung wie im eigenen Interesse vorgenommen und so ansieht, vorausgesetzt, dass die Umstände die Möglichkeit dazu darbieten, in seiner Gewalt, das Verhältniss für sich als hergestellt zu betrachten[106]. Demnächst

oder vernichtet, (S. 143.) mit welchem Recht will man die Anwendung desselben Grundsatzes auf fungibele Sachen, die der Empfänger ganz oder theilweise verzehrt oder verschwendet hat, in Abrede stellen? Unter diesen Umständen ist das entscheidende Gewicht des fr. 66. *h. t.* (Anm. [90]) vollkommen gerechtfertigt, (vgl. *Cujacius Op.* T. IV. p. 167.). — Wenn ferner W. (S. 154.) für die *cond. sine caussa* (oder *ob injustam c.*) behauptet, dass in den Quellen stets gesagt werde, dass alles Empfangene herausgegeben werden müsse, weil der Empfänger niemals *in bona fide* gewesen zu sein behaupten könne, so weiss ich diese Voraussetzung nicht mit W.'s eigenen Aeusserungen S. 327 ff. zu vereinigen; vgl. übrigens Savigny Bd. V. S. 523 f. und das. (b).

[102] C. ult. *de Cond. ob turp.* (*quum hoc casu in rem mora fiat.*)

[103] Der Kläger ist auf allen Fall zu der Annahme berechtigt, dass der Empfänger noch das Ganze habe, der letztere mag also excipiren, und muss mithin beweisen, dass er nichts, oder wie viel er nur noch davon übrig habe, und also herauszugeben brauche. Bei empfangenen und ausgegebenen Geldsummen, sowie bei verbrauchten anderen fungibeln Sachen, also namentlich auch bei geschehenem Verkauf anderer Sachen und Verbrauch des Erlöses aus ihnen, wird der Fall, dass der Empfänger nicht als bereichert erscheine, nicht leicht eintreten oder nicht leicht der nöthige Beweis zu führen, doch würde allerdings fr. 25. §. 16. *de Hered. pet.* hier auch als maasgebend zu erachten sein, nur dass freilich der Umfang des *sine caussa* gehabten Gegenstands selten den einer vermeintlichen so reichen Erbschaft, dass dadurch eine Umgestaltung der Lebensverhältnisse möglich ist, erreichen wird. Vergl. Savigny Bd. V. S. 163. und das. §. 151.

[104] Nur der Geber und der Nehmer werden also verpflichtet; nicht als Ausnahmen, sondern nur als nähere Gestaltungen der Regel erscheinen die nachherigen besonders berücksichtigten Fälle. Die für einen Dritten zufällig durch die Leistung eintretende vortheilhafte Folge verpflichtet ihn keineswegs, so dass er ohne Grund hätte, s. fr. 49. *de Cond. indeb.*

[105] Fr. 6. pr. §. 1. 2. 3. fr. 57. pr. §. 1. *de Cond. indeb.* fr. 14. *de Cond. caussa data.* In Ermangelung eines Spezialmandats (fr. 6. §. 2. und fr. 57. §. 1. *dd.*) ist daher stets Genehmigung des Principals erforderlich, um die Wirkung für oder wider ihn eintreten zu lassen; bleibt sie aus, so ist der Vertreter als Kontrahent (*quasi*) auf eigene Hand zu betrachten. Von wessen Gelde der Vertreter gezahlt hat, ist übrigens gleichgültig, sobald feststeht, dass er als solcher gehandelt hat; er kann sich dann immer nur an den halten, für welchen er es gethan. S. ferner noch besondere Fälle in fr. 7. pr. und 9. pr. *de Cond. caussa data;* wegen der ersteren Stelle s. Unterholzner a. a. O. S. 49. c).

[106] Fr. 67. §. 1. 2. *de Cond. indeb.* vgl. Anm. [1]; hierdurch würde also die Möglichkeit einer Genehmigung ausgeschlossen werden; dem Anderen kann es übrigens gleichgültig sein, (in dem Beispielsfall des cit. §. 2. hat er nicht einmal ein Interesse,) denn es liesse sich ein Interesse nur etwa bei zweifelhafter Sicherheit oder Solvenz des Vertreters denken. Dagegen aber ist er nicht nur den Wechselfällen eines Prozesses nun nicht ausgesetzt, sondern das, was der Vertreter darin erstreitet, verstärkt auch seine Sicherheit und Solvenz, und um das Objekt derselben zu sichern, giebt es manche Mittel für ersteren.

ist in folgenden Fällen die, allerdings auch den allgemeinen Grundsätzen gemäs durch die Genehmigung erfolgende, Vermittelung[107], wie nicht minder das Ausbleiben der gedachten Wirkung trotz der Stellvertretung besonders zu berücksichtigen:

1) Hat Jemand ohne Auftrag etwas im Namen eines Anderen einem Dritten geleistet, und ersterem damit ein Geschenk zu machen beabsichtigt, so erwirbt dieser, sobald er nur damit einverstanden gewesen, die Forderung auf Rückleistung, wenn dazu ein Grund eintritt, ohne Weiteres[108]. 2) Hatte er hingegen die Absicht, an den Anderen deshalb seinen Regress zu nehmen, so ist bei erfolgender Genehmigung von dessen Seite ein Fall gewöhnlicher Stellvertretung vorhanden. Bleibt die Voraussetzung aus, so hat im ersten wie im zweiten Fall der Geber die Forderung für sich[109]. 3) Als Stellvertreter erscheint namentlich auch der Bürge, welcher eine Nichtschuld bezahlt, und zwar wie ein Bevollmächtigter, so dass es auf die Genehmigung von Seiten des Hauptschuldners nicht erst noch ankommt, um diesem die Forderung dadurch als erloschen erscheinen zu lassen; dieser ist dagegen dann dem Bürgen verantwortlich. Nur wenn der letztere freiwillig eingetreten war, ist es wiederum so, wie unter Nr. 2)[110], und überhaupt kann der Bürge allemal selbst die Forderung geltend machen, sobald er entweder noch keinen Regress an den Hauptschuldner genommen hat, oder nicht nehmen will[111]. 4) Wenn Jemand als vermeintlicher Erbe in der hier vorausgesetzten Weise aus dem Nachlass in Erbschaftsangelegenheiten etwas weggegeben hat, und ihm der Nachlass vom wahren Erben entwunden wird, so wird letzterem die Rückforderung ohne Weiteres zuständig[112]; ersterem verbleibt sie, wenn er die Nichtschuld aus eigenen Mitteln gezahlt hat[113]. 5) Hat der wahre Erbe vermeintliche Nachlassschulden aus dem Nachlass bezahlt, und darauf die Erbschaft, wegen Ueberschuldung derselben, noch mit Erfolg ausgeschlagen, so treten die Erbschaftsgläubiger in die Forderung ein[114]; wenn aus eigenen Mitteln, so behält er die Forderung[115]. 6) Wie die Forderung überhaupt gegen die als Gläubiger betrachtete Person gerichtet ist, und nicht gegen den aufgetretenen Stellvertreter, welcher für diese in Empfang nahm, so bleibt sie das auch, wenn die Leistung auf Anweisung an eine Mittelsperson geschehen ist[116].

III. Die Veranlassung zur Entstehung der Obligationsfälle der dritten Art kann sowohl in Handlungen desjenigen, welcher als Schuldner zu denken ist, wie in zufälligen Ereignissen beruhen[117]. Ausser ihr lässt sich der Voraussetzung der Bereicherung durch Haben ohne Grund kein Merkmal weiter hinzufügen, um diese

[107] Auf diese sind alle folgende Fälle wenigstens nach heutigem Recht zurückzuführen; wegen des obligatorischen Grunds nach R. R. ist Streit. Vergl. §. 108. Anm. [16], [22], [23], [28].

[108] Fr. 6. *de Cond. caussa data.* fr. 10. pr. *de Sponsal.* fr. 59. §. ult. *de J. D.*

[109] Fr. 6. pr. *de Cond. indeb.* Diese Stelle bezieht sich allerdings nur auf den zweiten Fall, es versteht sich aber von selbst, dass das Nämliche im ersten gelten müsse, wenn der Andere die Schenkung nicht haben will.

[110] Fr. 47. *de Condict. indeb.* s. folg. Anm.

[111] Fr. 38. §. ult. *eod.*; es ist also diese Stelle mit der der vorigen Anm. nicht etwa in Widerspruch. Vgl. Anm. [105].

[112] Fr. 3. *de Cond. indeb.* (*utiles act.*) fr. 46. *eod.*

[113] Fr. 19. §. 1. mit 2. *eod.*, dass die Zahlung aus eigenen Mitteln dadurch wieder redressirt werden kann, wenn der Erbschaftsbesitzer bei Herausgabe der Erbschaft das Gezahlte in Abzug bringt, versteht sich von selbst; s. auch fr. 3. *eod.*

[114] Fr. 5. *eod.*

[115] Hier gilt wieder ganz, was Anm. [113] gesagt ist.

[116] S. 1. fr. 44. *de Cond. indeb.* fr. 59. *de Solution.* 2. fr. 9. §. 1. *de Cond. caussa data*, c. 2. *de Condict. indeb.* fr. 12. 13. *de Novation.* (in diesen Fällen durch Abschluss eines Geschäfts mit der Mittelsperson).

[117] Vergl. Savigny System Bd. V. S. 523 f.

Obligationsart im Allgemeinen näher zu begrenzen, sondern dies ist nur durch einige Beispielsklassen möglich. Namentlich also gehören hierher: das Zutheilwerden eines Vortheils durch die Substanz einer fremden Sache, welche man unentgeltlich erwarb und für eine eigene hielt, aber jetzt nicht mehr hat; so z. B. der Kaufpreis, wenn man sie verkauft hat, und der Eigenthümer sie nicht mehr durch die Eigenthumsklage wiedererlangen kann [118]. Ferner: das Verzehren und Verbrauchen fremder Sachen, welche Jemand in dem Glauben, dass sie auf ihn übergegangen seien, an sich genommen hatte, — das Verzehren und der Verbrauch der von einem *malae fidei possessor* der Hauptsache gezogenen Früchte derselben [119]; — die Auf-

[118] Beispiele hierzu enthalten: fr. 23. *de R. C.* — coll. c. 1. *de Reb. alienis etc.* — (*bona fide* Besitz und Verkauf eines fremden Gegenstands, — Kond. auf das *pretium*). Ohne Zweifel würde das Nämliche von einem Tauschobjekt gelten. Entgeltlicher Erwerb der Sache würde das Kriterium der Bereicherung (*quasi ex re tua locupl. factus*) hinwegfallen lassen, oder m. a. W. es liegt in ihm die *caussa* zum Haben des Preises. Fr. 24. §. 1. *de A. E.* und fr. 31. §. 1. *de R. C.* (fast gleichlautend) *bona fide* geschehener Kauf eines Sklaven *a fure cum peculio*; den aus letzterem erworbenen Sklaven kann der *dominus* kondiziren. Fr. 39. *de Stipul. servor.* Erwerb und Vortheil durch *ex re fructuarii* oder *ex operis* einen Sklaven *nominatim* geschehene *stipulatio* eines Sklaven für seinen Herrn, an welchem einem Anderen der Niessbrauch zusteht, oder durch Stipulation des einem Anderen *bona fide* dienenden fremden Sklaven für seinen Herrn; *condici in utroque casu posse domino*, für den der Sklave in beiden Fällen allerdings wirklich erwirbt. — Sobald in solchen Fällen (wozu jedoch nur der des ersten Beispiels geeignet ist,) *dolus* als Motiv zu Grunde gelegen hat, kann der Handelnde entweder als *dolo malo possidere desiens* angegriffen werden, §. 51. I. 2,, oder *ad exhibendum*, vergl. fr. 11. §. 2. *Ad exhibend.*, und natürlich zwar auf den vollen Werth, oder das Interesse; vergl. Glück Komm. Bd. XIII. S. 194 f. — Den Satz des Texts im Allgemeinen bestätigt noch fr. 1. §. 3. *de Cond. sine caussa*, in dem als Grund der *cond. sine caussa* ohne alle nähere Bestimmung der Art des Erscheinens anerkannten *pervenire alicujus rei ad aliquem*, oder, wie es in fr. 6. *de Cond. ob turpem c.* statt dessen heisst: *apud aliquem esse.*

[119] Es kommen folgende Anwendungen, wo die *consumtio* den Erwerb wie durch *alienatio* vertritt, vor: 1, Verbrauch der Sachen eines Anderen im Allgemeinen: fr. 29. *de Cond. indeb.*, wenn der, welcher *indebite* zahlt, die *nummos* zu veräussern nicht befugt war; fr. 9. §. 1. *de Scto Maced.* s. vorigen §. Anm. [43] z. A. Fr. 30. pr. *de A. E.* Verbrauch des in einem Sklavenpekulium enthaltenen gestohlenen Gelds nach Verkauf des Sklaven durch den neuen Herrn. Aehnlich fr. 11. §. 2. *de R. C.* und fr. 25. §. 1. *de Usufr.* Fr. 4. §. 2. *de R. C.* (vergl. dazu Savigny a. a. O. S. 524. b, und Unterholzner a. a. O. S. 20. 3.) Bereicherung durch Verzehren zugeschwemmter fremder Sachen. Fr. 14. §. 3. *de Praescr. verb.* Aufzehren übergefallener Früchte durch hingetriebenes Vieh (*si immisso pecore depascam*) des Nachbars; die *in factum a.* ist hier als *cond.* zu verstehen, s. Unterholzner a. a. O. S. 21. [a]) 6. Fr. 5. §. 18. fr. 33. §. 1. *de Donation. inter vir.* Verbrauch der (ungültig geschenkten) *res donata.* 2) In Bezug auf die von Seiten eines *mal. fid. poss.* der fruchttragenden Sache gezogenen Früchte wird wegen des Verzehrens die Kond. für begründet anerkannt in fr. 4. §. 1. *de R. C.* fr. 22. §. 2. *de P. A.* fr. 55. in f. *de Condict. indeb.* fr. 18. *de Except.* c. 3. *de Condict. ex lege*, c. 4. *de Crimine expil. hered.* Wenn in fr. 4. §. 2. *Fin. reg.*, wo dasselbe anerkannt wird, die Forderung der Früchte vom *jud. fin. regund.* ausgeschlossen und deshalb auf die *cond.* verwiesen wird, so wird sich zu dieser Unterscheidung theils wegen Aufhebung des Unterschieds der *bon. fid.* und *str. jur.* Natur der Klagen keine praktische Veranlassung mehr darbieten, theils wegen der unbedingten Statthaftigkeit der Häufung aller Ansprüche aus beiden Klagen. S. überhaupt noch wegen der Fruchtkondiktion Anm. [1] a. E. — Dass nun diesen mannigfaltigen Anwendungen, wozu noch die Stellen kommen, worin die *consumtio* der Eigenthumsübertragung an den Gegenständen des Darlehns gleichgestellt ist, s. vorigen §. Anm. [17]—[20] und [27], ein gemeinschaftlicher Gesichtspunkt zu Grunde liege, nämlich der, dass das bei der Kond.-Obl. vorausgesetzte Haben (*sine caussa*) des Schuldners in dem Verzehrthaben des Gegenstands be-

hebung der Selbstständigkeit einer fremden Sache durch eine Handlung oder ein Ereigniss, wodurch sie zugleich einem Anderen gehörig wird, ohne dass dies von ihrem Eigenthümer beabsichtigt ist [120]. — Der Inhalt der Verpflichtung ist in diesen Fällen, gleich denen der vorigen Nummer, regelmässig das, was der Verklagte von dem an ihn Gelangten noch hat, oder die Bereicherung dadurch, und aus besonderen Gründen der Betrag des Erworbenen ohne Unterschied [121]. Das erstere tritt in der ersten, zweiten und vierten Klasse der genannten Beispiele ein, das letztere in der dritten [122].

stehen, oder m. a. W. durch dieses ersetzt sein könne, das wird — und sogar ganz abgesehen von dem noch hinzukommenden, in der folg. Anm. berührten, mit dem Verzehren und Verbrauchen sehr nahe verwandten, Umstand, — hoffentlich keinem Zweifel unterliegen. Gleichwohl sucht Heimbach, Lehre von der Frucht S. 120 ff. 127 ff., nach Musterung der einzelnen Fälle, wo die Konsumtion im Kond.-Gebiet wirksam werde, zu beweisen, dass dieselbe kein selbstständiger Kond.-Grund sei, sondern theils nur zur Aushülfe unvollkommener *datio*, (S. 124.) theils als Folge des Grundsatzes, dass sich Niemand mit dem Schaden des Anderen bereichern dürfe (s. aber Anm. [1] a. E. über Heimbach's Auffassung dieses Satzes) und ein anderes Princip für die Fruchtkondiktion zu begründen. Ich muss auch diesen Versuch für mislungen halten; gegen den versuchten Beweis gilt, was bereits Anm. [1] a. E. bemerkt worden ist.. Danach erledigt sich auch der von Heimbach hier hervorgehobene Umstand (S. 133.), dass der *b. f. poss.* trotz der *consumtio* der Früchte dennoch nicht mit der *cond.* angegriffen werden könne, gleich dem Einwand, dass nicht nur die Bereicherung durch das Verzehren, sondern das Verzehrte selbst Gegenstand der Fruchtkond. werde. Ueberhaupt aber wird ja gar nicht behauptet, dass die *consumtio* ein selbstständiger Kond.-Grund sei. Und wenn endlich Heimbach S. 133. selbst zugiebt, dass, wo es den Anschein gewinne, als sei die Consumtio ein selbstständiger Kond.-Grund, nicht sowohl sie, als die durch eine fremde Sache eintretende Bereicherung die Grundlage der Kond. ausmache, so weiss ich nicht, warum der Widerspruch erhoben, und wie dies mit den S. 120. enthaltenen Verneinungen zu vereinigen ist.

[120] Beispiele dazu s. in §. 26. *I. de Rer. divis.*, die *quidam poss.* in dieser Stelle sind die *sine causa* Habenden, vergl. Savigny S. 524. [b]), (dass *quibusdam* und nicht *quibusque* zu lesen sei, darüber s. *Schrader ed. Inst. Comm. ad h. l.*); ferner ist sehr wahrscheinlich auch die *in factum a.* in fr. 23. §. 5. *de R. V.* als *condictio* aufzufassen, s. Unterholzner S. 20. [a]) 4. Auch ist in fr. 83. *de Cond. indeb.* zweifelsohne ein *arg. e contr.* enthalten, wonach demjenigen die Kond. verweigert wird, wer sich durch seine eigene Handlung auf solche Weise um eine ihm gehörige Sache gebracht hat. Wegen der Klagen in diesen Fällen überhaupt s. §. 50. Anm. [52]; es kommt deshalb auch *utilis in rem a.* vor, s. z. B. fr. 5. §. 3. *de R. V.* fr. 9. §. 2. *de A. R. D.* fr. 30. *de Donat. inter virum*, welche in sofern mit der *cond.* als konkurrirend zu denken ist, als wenn eine zum Ziel geführt hat, die andere wegfällt, nicht aber die Abweisung der einen die andere auch ausschliesst; s. §. 30. III. z. A. und das. Anm. [14].

[121] In den Quellen nämlich werden auch diese Fälle zu denen der *cond. sine causa* gezählt, vergl. Savigny a. a. O. S. 524. und mithin muss die allgemeine Regel (s. Anm. [101] Nr. 2.) von diesen auch für sie gelten.

[122] Wegen der ersten Kl. s. fr. 23. *de R. C.* und überhaupt Anm. [118]. Wegen der zweiten s. den Gegensatz in fr. 11. §. 2. *de R. C.* fr. 5. §. 18. fr. 33. §. 1. und fr. 39. *de Donation. inter vir.* Von den beiden letzteren Stellen haben Manche behauptet, (auch wieder Heimbach a. a. O. S. 132. [3]), dass sie etwas Singuläres enthalten, aber mit Unrecht, vergl. auch Glück Komm. Bd. XIII. S. 198. [37], umgekehrt vielmehr ist darin ein allgemeiner Satz der *cond. sine causa* (s. vorige Anm.) angewendet. Wegen der vierten s. §. 26. *I. de Rer. divis.* und überhaupt Anm. [120], und §. 50. Anm. [52]; es entscheidet hier die *bona* und *mala fides* beim Erwerb, die letztere macht den Handelnden zum *fur*, mithin ist hier nur eine Handlung des Erwerbers in *bona fide*, oder Zufall vorausgesetzt, so dass auch fr. 3. *de Cond. indeb.* in Betracht kommt, obwohl hier nicht blos *bon. fid. poss.*, sondern Eigenthum entsteht. Wegen der dritten endlich ist vorerst das *arg. e contr.* der letztgedachten Stelle zu beachten, und sodann s. §. 52. bei und in Anm. [41] und [42]. End-

IV. Die Fälle der vierten Klasse würden sich unter die der dritten einreihen lassen, in sofern nicht das Delikt Grund der Obligation ist, sondern immer nur das rechtlich grundlose Haben; indessen sind sie vor allen diesen Obligationen mehrfach ausgezeichnet, wozu allerdings das Delikt, gelegentlich dessen sie entstehen, die Veranlassung giebt, so dass schon darum ihre Absonderung nothwendig geboten ist. Möglich nun ist die Entstehung dieser Obligationen durch alle gegen das Vermögen gerichtete Delikte, möge sich der Thäter [123] dadurch gewaltsam oder heimlich in

lich sind in den Anm. [119] Nr. 2. citt. Stellen als Summe der Obl. schlechthin die *percepti* und *consumti fructus* genannt und *quod mercedis nomine accepit*.

[123] Die hier folgenden Fälle bilden in ihrer Hauptparthie die oben im Text hinter Anm. [8] gedachte Ausnahme. Es ist dieselbe, welche das Gebiet der *condictio furtiva* im R. R. ausmacht. Diese umfasst alle Fälle der Bereicherung: 1, durch *furtum*, s. den Titel *de Condict. furt.* 2, durch Raub, fr. 10. §. 1. *eod.* fr. 2. §. 26. *Vi binor.* fr. 1. §. 1. *de Condict. trit.*, denn dieser ist nach R. R. ebenfalls ein eigentliches *furtum*, fr. 1. 2. §. 10. 26. *Vi bonor.* 3, Durch Entwendung unter Ehegatten, fr. 17. §. 2. fr. 21. §. 5. fr. 24. 26. *Rerum amotar.*, die ebenfalls nur ein *furtum* ist, fr. 1. 29. *eod.* (vergl. Savigny a. a. O. S. 555. [d]). Unterholzner a. a. O. S. 58. hält diese Anwendung der *cond.* für die älteste in diesem Kreis.) 4, Durch gewaltsame Besitznahme von Grundstücken, fr. 25. §. 1. *de Furtis*, fr. 2. *de Cond. trit.* (dies ist eine eigentliche Ausdehnung s. Savigny a. a. O.) — Das *furtum* selbst kann auch blos den *usus* betreffen, oden den Besitz, fr. 16. *de Cond. furt.* und ist auch dann vorhanden, wenn Jemand Etwas, wissentlich, dass er es nicht zu fordern habe, annimmt, was ihm von der anderen Seite in der irrigen Meinung des Bestehens einer Schuld gegeben wird, s. fr. 18. *de Cond. furt.* fr. 43. pr. *de Furtis.* Der Streit, ob hier nothwendig die *cond. furt.* oder auswahlsweise auch die *c. indeb.* angestellt werden könne, ist ohne allen praktischen Werth, indem der Kläger nur die *mala fides* des Verklagten zu ignoriren braucht. Nur in den oben unter II. A. b. a. E. gedachten zwei Fällen findet eine alternative Konkurrenz Statt. Vergl. Vangerow a. a. O. S. 373 ff. Ferner ist es ein *furtum*, wenn zwar eine Schuld wirklich besteht, der Schuldner aber irrend einen anderen Gegenstand giebt und der Gläubiger wissentlich diesen annimmt, fr. 21. §. 1. *de Furtis.* — Darüber nun, ob die *cond. furt.* in diesem Sinn, oder als Deliktsklage aufzufassen sei, besteht eine sehr alte, bis auf die neueste Zeit fortgeführte Meinungsverschiedenheit, denn s. noch Unterholzner a. a. O. S. 59., der sie als auf unerlaubter Handlung beruhend anerkennt. Ich theile hierin aber ganz Savigny's entgegengesetzte Ansicht, s. a. a. O. S. 551 ff. 556 ff., welche besonders auf einem organischen Zusammenhang des ganzen Kondiktionenrechts beruht; eine praktische Verschiedenheit würde jedoch auch mit der anderen Meinung nicht erreicht werden. Die Eigenthümlichkeit dieser Anwendung der *condictio*, oder m. a. W. ihre exceptionelle Natur, besteht aber darin, dass sie elektiv mit der *rei vindicatio* konkurrirt (resp. mit den Rechtsmitteln zur Wiedererlangung des verlorenen Besitzes), also dass die Uebertragung der Sache selbst, wie wenn sie dem Kläger nicht mehr gehörte, gefordert werden kann, fr. 1. §. 1. fr. 2. *de Cond. trit.* fr. 25. §. 1. *de Furtis.* Das ist *odio furum* angenommen, *quo magis pluribus action. teneantur*, §. 14. *I. de Action.*, und findet darin seine nähere Erklärung, dass, während hier die Anstellung einer *condictio* (m. a. W. die Entstehung einer Kondiktionenobl.) eigentlich darum nicht möglich wäre, sobald der zu Verklagende den fraglichen Gegenstand noch besässe, weil er vindizirt werden kann, der Bestohlene nicht nöthig haben soll, sich erst genau davon zu unterrichten, ob die Sache noch in Natur in des Schuldners Händen sei, und welche Klage er demgemäs anzustellen habe, sondern ohne Weiteres die *condictio* soll anstellen dürfen. Sie ist also eine *condictio sine caussa* in besonderer Anwendung. Mit der praktischen Bedeutung der Obl. der *cond. furtiva* verhält es sich nun so. Im Fall eines *furti* ist je nach Umständen, wie nach R. R. so noch jetzt, möglich: 1, die *rei vindicatio.* 2, Ein obligatorisches Verhältniss für den Fall, dass die Voraussetzungen der erstgedachten Klage nicht zutreffen, aus dem Haben des *fur sine caussa*, s. Savigny S. 552. 3, Ingleichen, wenn dieselben zutreffen, resp. trotz dem, und das ist dann die *cond. furtiva.* Da nun die *a. furti* als reine Strafklage gar nicht mehr praktisch und überhaupt an sich nicht reipersekutorisch ist, s. §. 29. Anm. [23] und [18], so ist die der *cond. furtiva* zu Grunde

den Besitz von beweglichen oder unbeweglichen Sachen eines Anderen gesetzt, oder wissentlich, dass sie ihm nicht zukommen, während sie ihm in einem darauf bezüglichen Irrthum von Jemandem gegeben werden, angenommen, oder dadurch, dass er diesem Schaden zufügt, sich Vortheil gestiftet haben[124]. Allerdings haftet in den Fällen der ersteren Art der Thäter eben sowohl aus dem Haben ohne Grund, wie dies von anderen Fällen nachgewiesen worden, d. h. (da überhaupt von willkührlichem Erwerb fremden Eigenthums nicht die Rede sein kann,) dann, wenn durch Verbrauch und Verzehren derselbe Erfolg wie durch Eigenthumserwerb eingetreten ist, gleichwie in denen der letzteren Art die Obligation zum Schadensersatz durch Zufügung eines widerrechtlichen Schadens begründet wird. Allein das Eigenthümliche der ersteren Fälle besteht darin, dass, selbst wenn hier die Eigenthumsklage noch möglich ist, also der Gegenstand noch existirt, dennoch auch eine Obligation auf dessen Rückgabe als entstanden angesehen wird, wie wenn ihn der Schuldner erworben hätte. Diese Singularität ist ein vom positiven Recht für den Thäter beabsichtigter Nachtheil. Soweit nun die Eigenthumsklage in solchen Fällen auch angestellt werden kann, ist eine praktische Verschiedenheit zwischen dieser und der Klage aus der Obligation nicht weiter erkennbar. Dagegen zeigt sich diese dem Inhalt nach darin eigenthümlich, dass nicht nur die Wiedereinräumung des Eigenthums[125], sondern auch blos die des verlorenen Besitzes oder der

liegende Obl. zur Wiedererlangung der gestohlenen Sache soweit von praktischer Wichtigkeit, als sie mit der *rei vind.* nicht übereinstimmt, sondern sich in weiteren Grenzen bewegt als diese. Das Resultat des Vergleichs ergiebt der Text. Soweit aber beide übereinstimmen, was insbesondere von dem Ziel gilt, welches sich durch jede erreichen lässt, ist allerdings heutzutage keine praktische Verschiedenheit mehr sichtbar. Ja es fehlt in dieser Hinsicht an einer solchen, nachdem die *formulae* der Klagen wegfielen, sogar schon im R. R. vgl. Savigny S. 554. d).

[124] Fr. 9. §. 1. *de R. C.*; allerdings sind hierzu besondere Gestaltungen der Dinge vorausgesetzt. Als Beispiel formirt Savigny a. a. O. S. 550. den Fall, wenn der Schuldner den dem Gläubiger ausgestellten Schuldschein vernichtet hat; hier habe er nach fr. 40—42. *ad Leg. Aquil.* die *a. Leg. Aquil.* auf Entschädigung, und ausserdem sei aus dem nunmehrigen Haben des Gelds *sine caussa* die *condictio* anzunehmen. Ich kann jedoch hier noch keinen Mangel der *caussa* finden, da der Schuldschein diese nicht ist, sondern nur ein Beweismittel. Dagegen enthält *Gaius* III. §. 215. 216. ein passendes, aber jetzt veraltetes Beispiel.

[125] Nach fr. 1. *de Cond. furt.* fr. 14. §. 16. *de Furtis* und anderen Stellen ist die *cond. furt.* ausdrücklich nur dem Eigenthümer zuerkannt, nicht dem, *cujus periculo res alienae sunt, veluti commodati, locati, pignorisve accepti*, sondern diesen steht die *furti a.* zu; dagegen ist sie den Pfandbesitzern und Usufruktuarien auf die Herausgabe unter Bezug auf ihr Recht, also kraft ihres Interesses in Folge desselben gestattet, s. fr. 12. §. 2. *de Cond. furt.* und vermöge des Schlusses vom Pfandrecht auf den Niessbrauch, (vgl. Unterholzner a. a. O. S. 61. d), a. M. Glück Bd. XIII. S. 222.) sowie dem Besitzer auf Herausgabe des Besitzes, fr. 2. *de Cond. trit.* fr. 25. §. 1. *de Furtis.* Diese Unterscheidungen haben ihren Grund in der römischprozessualischen Eigenthümlichkeit der *condictio in concreto*, und namentlich in der für sie je nach diesen verschiedenen Umständen bestehenden Begrenzung ihres Inhalts und Zwecks. Der anscheinend so exklusive Inhalt des fr. 1. *de Cond. furt. in furtiva re soli domino cond. competit*, und ähnlicher Stellen ist daher schon nach R. R. sehr *cum grano salis* zu verstehen. Obwohl nun die Gründe dieser Unterscheidungen völlig unpraktisch geworden sind, so ist die Verschiedenheit von dieser Seite her dennoch keine blos formelle, sondern es versteht sich vielmehr von selbst, dass Jeder nur soweit, auch durch diese Klage, sein Interesse geltend machen kann, als es verletzt ist, und nur dasjenige zurückfordern kann, was ihm entzogen ist. Eine andere Frage von grosser Wichtigkeit ist aber die, ob heutzutage nicht die Klage auch den Personen ohne Ausnahme zugestanden werden müsse, *quorum periculo res alienae sunt?* Viele Praktiker haben sie be-

Detention, oder eines an der Sache zuständigen Rechts gefordert werden kann, und zwar von jedem von mehreren als Thätern betheiligten Schuldnern auf das Ganze [126]. Inhalt der Forderung ist der entzogene Gegenstand, beziehungsweise der Besitz, oder das Sachenrecht, oder nach Umständen das, was daraus geworden und gemacht worden ist, sammt allem Zubehör (*omnis caussa*) oder seine Würderung nebst vollständigem Interesse [127]; und zwar tritt hier die anderweite Eigenthümlichkeit dieser Obligationen ein, dass in Folge des Delikts, als Veranlassung des Habens ohne Grund, der Schuldner von Anfang an in Verzug gesetzt erscheint [128]; er kann auch niemals wegen geschehener Verwendungen auf den Gegenstand ein Innebehaltungsrecht ausüben [129]. Wenn dagegen der Thäter den Gegenstand in dem vollen Umfang seiner Verpflichtung zu leisten sich bereit erklärt, so kann er damit die Klage und fernere Wirkungen des Verzugs abwenden [130]. Andererseits erlischt die Forderung, sobald der Gläubiger den Besitz der ihm entzogenen Sache wiedererlangt [131], oder wenn er dasjenige Recht auf einen Anderen überträgt, wegen dessen Verletzung jene für ihn entstand, indem sie auf den Erwerber nicht mit übergeht, wenn sie nicht ausdrücklich ihm mit abgetreten worden ist; der Untergang des Rechts selbst bei dem Verletzten thut hingegen der entstandenen Forderung keinen Ein-

jaht, s. die bei Glück a. a. O. S. 225. [15] Gen., obwohl ohne eigentliche Gründe anzuführen, so dass Glück selbst, wenn er dawider auf die Quellenzeugnisse verweist, allerdings darin nicht zu widerlegen ist. Allein die Frage mögte dennoch zu Gunsten dieser Personen aus folgenden Gründen beantwortet werden müssen. Dass sie eines Rechtsmittels bedürfen, daran wird nicht gezweifelt werden. Wenn ihnen nun das R. R. selbst die *furti a.* zuerkennt, diese aber nicht reipersekutorisch und als reine Strafklage nicht mehr praktisch ist, so würde sich die Frage so stellen, ob diese Klage *quoad rei persecutionem* als anwendbar zu betrachten sei, (vergl. §. 29. Anm. [23] a. E.) oder ob die *cond. furtiva* jetzt diese Ausdehnung erhalten müsse? Dass diesen Personen unter (aber seltenen) Umständen die *cond. sine caussa* zustehen könne, ist kein Gegenargument. Die Annahme einer Anwendbarkeit der Strafklage in der gedachten Beschränkung wird aber der doch möglichen analogen Ausdehnung der *cond. furtiva* nach Verschwinden ihrer römischprozessualischen Eigenthümlichkeit darum nachzusetzen sein, weil die Erweiterung der nun übrigen, formell gar nicht mehr ausgezeichneten (Kondikt.-) Obligation auf die Fälle der durch *furtum* entzogenen Detention ganz unbedenklich erscheint, wo es sich aber um die Wahl unter zweien Nothmitteln handelt, der Vorzug dessen, welches einen analogen Anhalt darbietet, wohl nicht zweifelhaft sein kann. Hierzu kommt, dass nach c. 22. §. 4. *de Furtis* und fr. 17. §. 3. *de Act. rer. amotar.* die *a. rer. amotar.* auch dem *detentor*, *cujus periculo res est*, darum zuerkannt ist, weil es hier an der *a. furti* fehlt; vergl. Unterholzner S. 61. [e)]; wir haben also darin einen sehr beachtenswerthen Vorgang in der Wahl eines Hülfsmittels für einen ganz ähnlichen Fall der Verlegenheit.

[126] C. 1. *de Cond. furt.* Wegen Helfershelfer s. fr. 6. *eod.* fr. 50. §. 2. *de V. S.* (*non tenebitur*). Anders, wenn sie am Gewinn Theil haben.

[127] Fr. 21. §. 5. *de Act. rerum amot.* (im Allgemeinen: *rei persecutionem continet.*). Ist eine Spezifikation erfolgt, so kann der Gegenstand dennoch, sowie er jetzt ist, gefordert werden, fr. 13. 14. §. 2. 3. *de Cond. furt.* fr. 52. §. 14. *de Furtis.* Wegen der *aestimatio* s. fr. 8. pr. *de Cond. furt.* fr. 3. §. 3. fr. 17. §. 2. *de Act. rer. amotar.* Dies namentlich bei eingetretenem Verlust und Untergang des Gegenstands, wofür der Schuldner haften muss, fr. 1. §. 34. *de Vi*, fr. 8. pr. 16. *de Cond. furt.* c. 2. 9. *de Furtis*, c. 7. *de Cond. ob turpem c.* Es findet hierbei das *jurament. in litem* Statt, fr. 8. §. 1. fr. 9. *de Act. rer. amotar.* Wegen der *omnis caussa* s. fr. 21. §. 4. *eod.* fr. 3. 8. §. 2. *de Cond. furt.* (S. noch folg. Anm.)

[128] Fr. 8. §. 1. fr. ult. *de Cond. furt.* vgl. §. 93. bei und in Anm. [41]. Der Gegenstand der Verpflichtung ist daher leicht umfangreicher, als bei der *cond. sine caussa* in anderen Fällen, und Verminderung der Bereicherung im Lauf der Zeit nach ihrer Entstehung mindert jenen nicht. — S. noch fr. 29. *de Act. rer. amot.* und fr. 2. §. 3. *de Delict. priv.* (Dieses erörtert den Gegensatz zur *a. legis Aquil.*)

[129] C. 1. *de Infant. expos.*

[130] Fr. 8. pr. 17. *de Cond. furt.*

[131] Fr. 10. pr. *eod.*

trag [132]. — Das Eigenthümliche der Fälle der anderen Art, bei angerichtetem Schaden, besteht nur in der möglichen Verschiedenheit des mit der Klage aus dem Haben ohne Grund im Vergleich zu der auf Schadensersatz zu erreichenden Erfolgs [133].

§. 110.
Das Schenkungsversprechen.

Das Schenkungsversprechen ist eines der Mittel, wodurch geschenkt werden kann, s. §. 23. d. Die Forderung also ist das Geschenk, welches zugewendet wird, und die Leistung ihres Inhalts nur deren Erfüllung [1]. Für den Vertrag, dessen Gegenstand das Schenkungsversprechen ist, gelten im Besonderen die allgemeinen Regeln über die Schenkungen, s. §. 23. 1. u. ff. [2]. Die Forderung selbst aber ist in Rücksicht darauf, dass sie aus einer reinen Liberalitätshandlung entspringt, die das Vermögen des Beschenkten ohne alle Vergütung aus demselben vergrössert, sowohl wegen der Leistung daraus überhaupt, als wegen ihres Umfangs unter Umständen mehrfach in sofern eigenthümlich charakterisirt, als in Uebereinstimmung mit dem vermuthlichen Willen des Schenkers die Leistung ganz wegfällt, oder sich vermindert; sie leidet also im Vergleich zu anderen Vertragsforderungen an einer gewissen Unvollkommenheit. Namentlich ist es:

1. auf die Verbindlichkeit des Schenkers ohne Einfluss, wenn er in Verzug geräth, so dass weder die Nothwendigkeit der Zahlung von Zinsen (s. §. 87. Anm. 29. [3]), noch zur Herausgabe von Früchten [4], noch sonst eine Modifikation des Inhalts der schuldigen Leistung entsteht.

[132] 1, Fr. 10. §. 2. 3. fr. 11. *de Condict. furt.* auch nach schon anhängig gemachter Klage, fr. 14. pr. *eod.* 2, fr. 12. pr. §. 1. *eod.*

[133] Vergl. Savigny a. a. O. S. 550., denn natürlich reicht er für die *condictio* nur soweit, als die Bereicherung Statt gefunden hat. Von dieser Seite her betrachtet, mögte sich jedoch schwerlich dem Bestehen der Kondikt.-Obl. neben der *ex lege Aquilia* noch ein praktischer Werth abgewinnen lassen, wiewohl seine Möglichkeit nicht geradezu in Abrede gestellt werden kann.

[1] S. fr. 49. *de V. S.* und c. 35. §. 5. *de Donat.* und vergl. oben Bd. I. S. 203. a. E.

[2] Es ist für einerlei zu halten, wenn bei dem Vertrag (mündlich oder schriftlich) gesagt ist: „ich schenke dir," oder „ich verspreche dir zu schenken," sobald nicht die Schenkung sofort durch Uebergabe, Uebertragung des Rechts u. s. w. vollzogen worden ist, wo dann die überwiegende Wirkung dieser die weiteren Fragen erledigt. Denn im zweiten Fall kann unter schenken nur die Vornahme der die Schenkung wirklich vermittelnden Handlung verstanden, nicht etwa überhaupt erst ein *pactum de donando* angenommen werden; im ersten aber kann der Begriff schenken wiederum nicht diese Handlung ersetzen, — käme *traditio brevi manu* oder dergleichen hinzu, so wäre das etwas Anderes, — in beiden Fällen kann also nur die schenkungsweise geschehende Herstellung desselben obligatorischen Verhältnisses verstanden werden.

[3] Fr. 22. *de Donation.* S. dazu Madai von der Mora S. 376 ff.

[4] Was von den Zinsen gilt, muss im Allgemeinen auch von den Früchten angenommen werden, daher hier fr. 22. *d.* ebenfalls gilt, s. ferner fr. 9. §. 1. und fr. 11. *eod.* Es kann also namentlich die *litis cont.* keinen Unterschied machen, wie z. B. Wening §. 282. (210.) und Mühlenbruch §. 441. [3] lehren; die von letzterem cit. fr. 31. pr. *de R. C.* und fr. 38. §. 7. *de Usuris* handeln nicht speziell von der Schenkung, was hier erforderlich wäre, und das von beiden cit. fr. 41. §. 1. *de R. J.* kann, da es vom *donator* heisst, *ut quivis possessor condemnandus est*, nicht von der Klage auf Erfüllung des Schenkungsversprechens verstanden worden, sondern allein von einer *rei vind.*, der also in irgend einer Art schon *traditio* vorangegangen sein muss, vergl. bes. *Os. Aurel. in Otto Thes. Tom.* III. p. 800. a) über Merillius' Widerspruch gegen Cujacius' Erklärung. Sollte die *lit. cont.*

2. Der Schenker geniesst die Rechtswohlthat der Kompetenz, s. §. 91. II. C. 5., Anm. 67., sowie die, dass, wenn es zur Hülfsvollstreckung wegen Erfüllung einer Schenkung in sein Vermögen kommt, seine Schulden davon vorweg abgezogen werden, s. das. Anm. 51.

3. Er haftet sowohl bezüglich des Untergangs oder der Verschlechterung des schuldigen Gegenstands, als wegen seiner Entwährung oder sonstiger Mängel dem Beschenkten einzig und allein wegen arglistigen Benehmens in sofern, als er absichtlich oder wissentlich entweder in der ersteren Beziehung die Möglichkeit der Leistung ganz vereitelt, und beziehungsweise nur in vermindertem Werth und Umfang bestehen lässt, oder in der letzteren für den Beschenkten die Möglichkeit, in Schaden zu gerathen, herbeiführt. Dort würde die Verpflichtung den Werth der Sache selbst betreffen, hier nur die in Betreff derselben gehabten Auslagen und aufgewendeten Kosten und sonstige dadurch herbeigeführte Einbusse [5].

hier etwas ändern können, so könnte fr. 22. *d.* unmöglich so lauten, wie es lautet. Was von Früchten und Zinsen, als den Hauptgegenständen des Interesses verzögerter Leistung, gilt, muss natürlich auch von anderen gelten. Wegen des *periculum* s. folg. Anm.

[5] Gewöhnlich wird hier nach dem in fr. 5. §. 2. *Commodati* und fr. 108. §. 12. *de Legat.* I. vermeintlich enthaltenen Princip angenommen, dass im ersten Fall der Schenker wegen *dolus* und *culpa lata* hafte. S. auch Savigny System Bd. IV. S. 121. Wider dieses s. §. 101. Anm. [52]. Da m. W. keine einzige Stelle einer Haftung des Schenkers gedenkt, so kann man in Zweifel gerathen, ob überhaupt irgend eine solche anzunehmen sei? Indessen halte ich allerdings auch dafür, dass *dolus*, welcher die im Text gedachte Folge nach sich zieht, eine Verpflichtung zum Ersatz begründe, vgl. Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 500. 5., denn anderen Falls wäre das Schenkungsversprechen illusorisch. — Wegen der Frage von der Eviktion ist unter den älteren Juristen eine Meinungsverschiedenheit heftig durchgestritten worden, s. Thibaut Abhandl. S. 48 ff. Von den drei verschiedenen Ansichten ist die herrschende, dass der Schenker wegen Eviktion eigentlich gar nicht hafte, sondern nur, wenn er sich einer Arglist schuldig gemacht, (bei vertragsmässiger Uebernahme versteht sich die Verpflichtung von selbst) jedenfalls die richtige, und zwar nach: *Pauli S. R.* Lib. 5. tit. 11. §. 5. fr. 18. §. 3. *de Donat.* u. fr. 62. *de Aedil. Ed.* c. 2. *de Evict.* (s. zu dieser und der ersten Stelle Thibaut S. 51. u. 53.) und nach fr. 131. *de V. O.* Nach den beiden ersten Pandektenstellen (s. schon §. 101. Anm. [58]) ist nur die eigentliche *actio doli* als statthaft zu verstehen; die erste von ihnen hat als Beispiel den Ersatz von Aufwand auf die Sache, den der Beschenkte gemacht, wenn der Schenker *dolose* gehandelt, was also etwa von wissentlicher Uebergabe einer fremden Sache zu verstehen ist. Doch würde in diesen Fällen die Forderung des Schadensbetrags und des Interesses nach den Beispielen in beiden Stellen (*sumtus* und *res melior facta*) nicht *lucrum cessans*, sondern nur eigentliches *damnum emergens* betreffen, also gehabte Auslagen und sonstige Einbusse, nicht den Werth der Sache selbst, dieser ist hier niemals Gegenstand des Ersatzes. Vergl. auch noch Glück Komm. Bd. IX. S. 43. Dasselbe ist denn ohne Zweifel auch nur von Mängeln der Sache nach den Begriffen des ädil. Edikts (s. §. 116. III. b.) anzunehmen. Hierneben aber ist für die *donatio in genere* allerdings nach geschehener Eviktion ein Anspruch an den Schenker möglich, nämlich nicht wegen Eviktion, sondern, weil der evinzirte Gegenstand als gar nicht gegeben zu betrachten ist, auf Erfüllung des Schenkungsversprechens mittelst Uebergabe eines anderen *ex eodem genere;* s. fr. 45. §. 1. 2. fr. 46. *de Leg.* I. und dazu Vangerow a. a. O. S. 314 f.

B. *Obligationen aus einseitigen Verträgen und ähnlichen Verhältnissen mit zufällig möglichen Gegenforderungen des Schuldners.*

§. 111.
Das Kommodat und das Precarium.

I. Das Kommodat, oder das Leihen zum Gebrauch, ist der Vertrag, wonach der eine Kontrahent dem anderen eine Sache zu einem entweder der Art oder dem Zweck nach ausdrücklich beabredeten, oder deren Natur und Bestimmung oder den Umständen gemäs als statthaft sich von selbst verstehenden Gebrauch unentgeltlich überlässt, um dieselbe danach in Natur zurückzugeben [1]. Hieraus folgt, dass solche

[1] §. 2. *I. Quib. modis re etc.* Ueber den Begriff des Kommodats ist im Besonderen Folgendes zu bemerken: 1, fr. 1. §. 3. *de O. et A. Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re, quam acceperit, restituenda tenetur.* 2, Nach fr. 1. §. 1. *Commodati* (künftig *h. t.* cit.) ist mit dem *commodare* das *uti* als eng verbunden zu denken. 3, Nach derselben Stelle *res mobilis vel soli vel etiam habitatio commodari potest.* Für die letztere, d. h. das Zusammenwohnen mit dem Anderen bestätigt dies fr. 17. pr. *de Praescr. verb.* mit dem Bemerken, *sed tutius est praescriptis verbis agere,* während fr. 9. pr. *de Donation.* Schenkung darin findet. Unter Bezug auf die *habitatio* und die Analogie vom Precarium behaupten Viele, dass auch Rechte Gegenstand des Kommodats sein können, s. die bei Schmidt das Kommodat und Precar. S. 118. Gen. Dieser selbst (der den allgemein gangbaren richtigen Ansichten über Komm. und Precar. gegenüber beinahe lauter unrichtige neue aufzustellen bemüht gewesen ist) nimmt an, (s. bes. S. 127 ff.), *ususfructus*, *habitatio* und *operae* können Gegenstand des *commodatum* und *precarii* sein. Allein in den auf den *Ususfr.* bezüglichen Stellen, fr. 12. §. 2. *de Usufr. et quemadmod.* und §. 1. *I. de Usu*, darf das *fruendam rem gratis concedere* doch wohl darum schwerlich von einem *commodare* verstanden werden, weil dieses nur ein *uti*, kein *frui* betreffen kann. Bei dem übrigens vollständigen Schweigen der Quellen, und bei dem aus den vorher gedachten, die *habitatio* betreffenden, Worten sogar herzunehmenden *arg. e contrario* kann ich daher der Schmidt'schen Ansicht nicht beipflichten, sondern muss an der absolut verneinenden festhalten, dass das Kommodat über *res mobiles vel immobiles* hinausgehe; steht ja sogar die Sache für die *habitatio*, nach den hierüber selbst in Kontroverse befindlichen römischen Juristen, so prekär, dass sich nur sagen lässt, es werde ohne praktische Folge sein, ob man der bejahenden oder verneinenden Meinung beitrete. Allerdings ist ein solcher Vertrag nicht unmöglich, auch kann ein *gratis concedere usumfructum* unter Umständen (wo *frui* nicht hervortritt) mit dem Kommodat der Sache im Erfolg auf eins hinauskommen, und nicht weniger, endlich, würde unter den Kontrahenten selbst sogar Misbrauch jeder anderen Servitut statthaft und zu schützen sein. Ein solcher Vertrag wird aber immer zuvörderst nach seiner konkreten Natur, und nur in Ermangelung daher zu gewinnender Normen bei vorwaltender Verwandtschaft mit dem Kommodat diesem analog zu beurtheilen sein, ohne dass man genöthigt oder berechtigt wäre, darum doktrinell das Gebiet des Kommodats als erweitert anzusehen und darzustellen. Wegen des *Precarii* s. Anm. [33]. — Ueber die irrige Meinung vom Kommodat der Dienste der Dienstboten s. Glück Komm. Bd. XIII. S. 428 f. 4, Die Art des Gebrauchs entscheidet zunächst die Beabredung, s. z. B. fr. 5. §. 8. 12. fr. 4. 10. pr. *h. t.;* fehlt es an einer solchen, so versteht sich von selbst, dass die im Text angegebenen Rücksichten das *uti* bestimmen müssen. Das Zuwiderhandeln der Beabredung sowie ein Gebrauch mit dem Bewusstsein, dass er wider des Kommodanten Willen geschehe, §. 6. 7. *I. de Obl. quae ex delicto*, fr. 5. §. 8. *h. t.* fr. 54. §. 1. fr. 76. pr. *de Furtis*, ist *furtum usus.* — Grundlos, und der versuchte Beweis verfehlt ist hier wieder Schmidt's, a. a. O. S. 157 ff., auszuführen unternommene Meinung, dass beim Kommodat der bezügliche, von der Sache zu machende Gebrauch, seine Art wie sein Zweck, immer ausdrücklich bestimmt sein müsse, und dass der Fall rechtlich unmöglich sei, dass über den Gebrauch nichts bestimmt worden, indem dann der Kommodatar zu gar keinem Gebrauch berechtigt sein würde. Stellen, wie

Gegenstände, deren Gebrauch ihrer Natur gemäs nur ein Verbrauch sein kann, nicht verliehen werden können, es sei denn, nur um sie zu detiniren, also etwa zum Schein der Möglichkeit des Gebrauchs[2]. Ob die Sache dem Kommodanten gehört oder nicht, ist gleichgültig[3]; nur darf sie nicht dem Kommodatar gehören, ausser wenn er dieselbe nicht besitzt und es ihm nur darauf ankommt, die Detention zu leihen[4]. Der Schuldner aus diesem Vertrag, der Kommodatar, erhält danach zwar weder Eigenthum, wenn der Kommodant Eigenthümer ist, noch Besitz, sondern nur die Detention der Sache, während der Kommodant in seinem Rechtsverhältniss zur Sache unveränderlich verharrt[5], allein doch ein wirkliches Recht, den Gebrauch zu machen, so dass dieses nachher vom Gläubiger, dem Kommodanten, nicht willkührlich eingeschränkt, noch bevor der Gebrauch geschehen, der die Dauer bestimmt, widerrufen werden kann[6]. Indessen ist das letztere aus besonderen Gründen, also namentlich im Fall eines Misbrauchs der Sache, oder wenn der Kommodant in den unvorhergesehenen Fall kommt, dieselbe zu eigenem Bedarf nicht länger entbehren zu können, auch vor der zum Gebrauch bewilligten Zeit als gestattet anzusehen[7]. Ist keine Zeit für die Dauer des Gebrauchs und keine Frist für die Rückgabe bestimmt worden oder als sich von selbst verstehend anzunehmen, so kann diese jederzeit gefordert werden, sobald dies nur nicht zu einer Zeit geschieht, wo der Schuldner sich dessen nicht versieht, und, wenn er dem sofort

z. B. fr. 76. pr. *de Furtis*, beweisen vielmehr umgekehrt, dass, weil danach jeder Gebrauch, auch ausser dem beabredeten, gestattet ist, von dem *quis debuerit existimare*, *id dominum permissurum*, — auch ein Kommodat ohne alle Beabredung eines bestimmten Gebrauchs bei stillschweigender Voraussetzung des letzteren *ex voluntate domini* (wozu in den Umständen und der Natur der Sache die Grundlage vorhanden ist,) statthaft sein müsse. Nach Schmidt's Meinung müsste, wenn man fr. 1. pr. *h. t.* erwägt, das Wort *commodare* selbst schon den Inbegriff einer ausdrücklichen Zweckbestimmung umfassen; wer will das behaupten? Indessen soll hier gar nicht etwa von Gegenbeweisgründen die Rede sein, wo es so sehr an allem Beweis fehlt. Da der Verf. S. 181. nun aber doch das Resultat gewonnen hat, dass die Art des Gebrauchs auch in Ermangelung ausdrücklicher Anordnung dann für bestimmt angesehen werden könne, wenn nur ein Gebrauch der Sache, je nach ihrer Einrichtung und Beschaffenheit oder Bestimmung, als der nächste und daher im Zweifel als gemeinte anzuerkennen sei, so ist in der That sein Widerspruch nur scheinbar, der freilich zur Vermeidung von Misverständnissen besser unterdrückt worden wäre. 5, *Merces* für ein Kommodat würde dieses in *locatio* oder einen anderen unbenannten Vertrag verwandeln, s. §. 2. *I. Quib. modis re*, fr. 5. §. 12. *h. t.* Wenn Manche ein Honorar aus Erkenntlichkeit hinterher nach geschehenem Gebrauch für zulässig halten, so ist für dieses doch offenbar der Charakter einer *donatio remuner.* anzunehmen, ohne dass dadurch der des Kommodats geändert werden kann.

[2] Fr. 3. §. 6. (*ad pompam forte vel ostentation.*) fr. 4. *h. t.* fr. 18. §. 1. *de R. C.* An einer näheren Beabredung kann es hier nicht fehlen, wenn ein Kommodat und nicht Darlehn angenommen werden soll.

[3] Fr. 15. 16. *h. t.*

[4] Fr. 28. *de Acquir. poss.*; anderen Falls wäre kein Kommodat anzunehmen und die gegenseitigen Folgen eines solchen nicht möglich.

[5] Fr. 8. 9. *h. t.* vergl. §. 42. Anm. [13] a. E.

[6] Fr. 17. §. 3. fr. 5. pr. *h. t.* c. un. *X. de Commodato.*

[7] Wenn man die gelegentlichen Aeusserungen in den in vor. Anm. cit. Stellen, sowie fr. 2. §. 2. *de Precario* und c. 3. *de Locato* berücksichtigt, so kann die Richtigkeit des obigen Satzes nicht bezweifelt werden; die Analogie aus der letzten Stelle allein genügt, um den Widerruf im Fall des Misbrauchs zu rechtfertigen, und wenn zwar für den Fall des eigenen Gebrauchs dort eine Entschädigung des Miethers nicht verneint ist, so ist doch diese beim Kommodat in Ermangelung einer Gegenleistung des Kommodatars (arg. fr. 61. §. 6. *de Furtis*) und in Betracht der in den anderen Stellen enthaltenen Ansicht über solche Gefälligkeiten und Vergünstigungen nach m. E. hier zu verneinen; s. noch Anm. [23].

genügen sollte, in offenbaren Schaden gerathen würde[8]. Für diese Fälle muss dem richterlichen Ermessen ein freies Erwägen der Umstände eingeräumt werden. Zurückgegeben werden muss die Sache in Natur[9], und zwar, was als Regel zu denken, ganz unversehrt[10], oder doch in dem Zustand und der Beschaffenheit, wie sich beides nur nach ordnungsmässigem Gebrauch ergeben kann[11], und natürlich nicht blos mit allem empfangenen Zubehör[12], sondern auch mit den Erzeugnissen und Früchten[13] und dem etwa unbefugt bezogenen Gewinn, wie der Miethslohn, wenn er die Sache widerrechtlicher Weise vermiethet hat[14]. In Ansehung der Verwahrung der Sache vor Schaden und Gefahr hat der Schuldner alle und jede Schuld zu vertreten[15]; ist aber der Vertrag vielmehr im Interesse des Gläubigers eingegangen worden, so haftet der Schuldner nur für Culpa lata, und wenn im beiderseitigen, für die in eigenen Angelegenheiten gewohnte Sorgfalt[16]. Ist ihm die Sache taxirt übergeben worden, so dass der Taxwerth anstatt ihrer zurückgegeben werden soll, so haftet derselbe sogar für den Zufall[17]. Der Verpflichtung zur Zurückgabe kann der Schuldner durch Berufung darauf entgehen, dass er Eigenthümer der Sache entweder schon zu der Zeit gewesen sei, wo sie ihm geliehen worden[18], es sei denn, dass darüber Streit gewesen, und ihm die Sache nur detentionsweise gegeben worden[19], oder wenn er es seitdem vom Gläubiger, nicht, wenn er es von einem Dritten erworben hat[20]; ebenso wenig darf er sie um einer Gegenforderung an den Gläu-

[8] Fr. 17. §. 3. *h. t.* c. un. *X. de Commodato.*

[9] Fr. 2. pr. *de R. C.* (*eandem speciem*).

[10] Fr. 3. §. 1. *h. t.*

[11] Es dürfen hier ohne Zweifel die für den Gebrauch als Dienstbarkeit rücksichtlich der Abnutzung geltenden Regeln als maasgebend angesehen werden, vgl. §. 59. Anm. [33]. S. z. B. fr. 5. §. 8. in f. *h. t.* (Gebrauch von Kleidern) fr. 10. pr. 23. *h. t.*

[12] Fr. 5. §. 9. *h. t.*

[13] Fr. 38. §. 10. *de Usur.*

[14] Fr. 13. §. 1. *h. t.*

[15] Fr. 5. §. 2. 5. 9. 15. fr. 18. pr. *h. t.* vergl. §. 101. bei und in Anm. [52] u. [58]. Namentlich gehört hierher auch, dass kein vertragswidriger Gebrauch von einer Sache geschehe, fr. 5. §. 7. *h. t.*, sonst trägt der Kommodatar auch das *periculum.* Wegen der Vertretung der Boten, welche bei Ueberbringung der Sache gebraucht werden, s. bes. fr. 10. §. 1. fr. 11. 12. §. 1. fr. 20. *h. t.* Bei der Verpflichtung des Kommodatars wegen *culpa* macht sich im Gegensatz zu der des Kommodanten der Grund geltend, dass ersterer regelmässig allein Vortheil von dem Geschäft hat, letzterer nicht, s. folg. Anm.

[16] 1, Fr. 5. §. 10. fr. 10. §. 1. fr. 12. pr. *h. t.* Zu den Seltenheiten wird es immer gehören, dass ein Kommodat nur *commodantis gratia* eingegangen wird. Jenseits der Grenze der *culpa* haftet der Kommodatar gar nicht, fr. 5. §. 4. fr. 23. *h. t.* fr. 1. §. 4. *de O. et A.*, ausser wenn er die Gefahr vertragsmässig übernommen hat, c. 1. *eod.* — 2, Wenn *utriusque gratia commodatum est*, so ist dieser Fall denen §. 101. bei Anm. [53] beizuzählen, (vgl. auch Hasse Culpa S. 497. a. E.) und also *dilig. quam suis rebus quis adhib. solet* zu prästiren, s. fr. 18. pr. *h. t.* (*verb. At si utriusque.*) Ueber diese Stelle vgl. Hasse §. 47. Die Einmischung des *pignus* am Ende dieser Stelle lässt sich nicht wohl erklären, wenn man nicht annimmt, dass die Kompilatoren hier *pignus* für *fiducia* setzten, s. dens. in d. Zeitschrift für gesch. R.-W. Bd. IV. S. 234 ff. Andere, wie z. B. Mühlenbruch §. 383. [14] Koch a. a. O. S. 360. nehmen für diesen Fall gegenseitige Haftung für *culpa levis* an.

[17] Fr. 5. §. 3. *h. t.*

[18] Fr. 15. *Depos.*

[19] S. oben Anm. [4].

[20] Das erste versteht sich von selbst, das zweite *arg.* c. 25. *de Locato.* Diese Analogie leugnet Mühlenbruch §. 383. [8], indem sie von einem singulären Rechtssatz hergenommen sei, allein der Grund scheint mir doch überall derselbe zu sein, nämlich, dass derjenige, wer eine Sache kraft eines besonderen Geschäfts von einem Anderen in Detention bekommen, nicht willkührlich sich *caussam possessionis mutare* und die Sache, indem er sie nun als eigene anspricht, dem Anderen soll vorenthalten dürfen, sobald nicht dieser entweder (weil sie ihm nicht gehörte) das Geschäft nicht eingehen konnte, oder durch ein anderes nachfolgendes Geschäft auch das Eigenthum jenem noch übertragen

biger willen diesem vorenthalten[21], ausser wenn dieselbe mit der Sache selbst in Beziehung steht, s. sogleich nachher.

Der Schuldner aus dem Kommodat kann gelegentlich desselben in folgenden Fällen eine Anforderung an den Gläubiger erwerben, und natürlich, von diesem angegriffen, davon auch exceptionsweise Gebrauch machen: 1) wenn der Gläubiger durch einen bei dem Kommodat sich zu Schulden gebrachten Dolus, z. B. wegen verheimlichter fehlerhafter Eigenschaften der Sache[22], oder wenn er durch deren eigenmächtige Wegnahme vor der Vollendung des Gebrauchs den Schuldner in Schaden gebracht hat[23]. 2) Wenn der letztere auf den Gegenstand nothwendige Kosten in einem namhaften Betrag, oder mit Genehmigung des Gläubigers irgend welche Kosten verwendet hat[24]. Doch kann er wegen der gewöhnlichen Kosten, welche der Unterhalt und Gebrauch des Gegenstands erfordert, so wenig wie wegen geringer ungewöhnlicher Ersatz fordern[25]. 3) Soweit der Schuldner dem Gläubiger wegen eines solchen Schadens verantwortlich wird, den ein Dritter angerichtet, gegen welchen der Gläubiger deshalb eine Klage hat, kann ersterer von diesem deren Abtretung fordern[26]. 4) Hat der Schuldner für eine verloren gegangene Sache Ersatz geleistet, die nachher wieder in des Gläubigers Hände gekommen ist, so kann jener entweder nun die Sache selbst, oder die Zurückzahlung des geleisteten Ersatzes fordern[27].

Das Kommodat ist beliebiger Modifikationen seines Inhalts und seiner allgemeinen Wirkungen fähig[28], soweit, dass der Vertrag in einen lediglich nach seinen konkreten Bestimmungen zu beurtheilenden übergeht. Sollten dabei Fragen über unbestimmt gelassene Punkte entstehen, so sind sie allerdings, wenn das Wesentliche des Kommodats vorhanden ist, d. i. unentgeltlicher bestimmter Gebrauch der Sache eines Anderen, nach dessen Grundsätzen zu beantworten, indessen ist doch dabei namentlich dann, wenn solche Sachen, die an sich als einzelne sonst in Betracht zu kommen pflegen, dergestalt geliehen worden sind, dass es nicht auf Rück-

hat. Dass in c. 11. *Depos.* das Nämliche für das Depositum ausdrücklich anerkannt ist, muss als eine Unterstützung dieser Folgerung betrachtet, und es darf nicht daher etwa ein *arg. e contrario* genommen werden.

[21] *C. ult. Commodati*, diese Stelle ist nur von nichtkonnexen Gegenforderungen zu verstehen, s. Mühlenbruch §. 383. [8].

[22] Fr. 17. §. 3. fr. 18. §. 3. *h. t.* (*si sciens vitiosa commodasti*,) s. noch fr. 21. pr. *eod.* und fr. 61. §. 6. *de Furtis*, wonach *circa interpretation. doli paulo remissius versari nos debemus*, *quoniam nulla utilitas commodantis intervenit.*

[23] Nach fr. 17. §. 3. kann es den Anschein gewinnen, dass auch *importune repetendo* das *contrar. judicium* Statt finden solle, da der Satz mit *ex quibus omnibus caussis etc.* schliesst. Da indessen der Kommodatar in solchem Fall die *exceptio doli* gegen den Zurückfordernden hat, so muss, wenn er sie nicht vorschützt, darauf geschlossen werden, dass ihm nichts daran liege, die Sache noch länger zu haben. Denkt man sich, dass kein Prozess entstanden sei, sondern er einer freiwilligen Aufforderung Folge geleistet habe, in der Absicht, das *contrar. jud.* zu erheben, so darf doch nach m. E. „*ex quib. causs.*“ nur auf die beiden letzten Fälle des Satzes (*vitiosa commodare* und *commodatas res subtrahere*) bezogen werden, da überhaupt auf den Fall des Widerrufs vor der Zeit eine Entschädigungspflicht des Kommodatars durch den Kommodanten sich niemals wird erweisen lassen, sondern die *exc. doli* hier den einzigen, aber auch hinreichenden Schutz gewährt. Vergl. Anm. [7] a. E.

[24] Fr. 59. (15. §. 2.) *de Furtis*, fr. 18. §. ult. *h. t.* s. folg. Anm.

[25] Fr. 18. §. 2. *h. t.* Der Gegensatz der *majores* und *modicae impensae* ist nur nach den Umständen des konkreten Falls abzumessen.

[26] Fr. 12. *de Re jud.*; übrigens wird dem Schuldner nach geleisteter *litis aestimatio* die Sache gehörig, fr. 5. §. 1. *h. t.* coll. fr. 63. *de R. V.*

[27] Fr. 17. §. ult. *h. t.* vergl. §. 109. Anm. [34].

[28] Fr. 5. pr. fr. 17. §. 3. *h. t.* s. übrigens §. 101. I. z. A. vergl. Beispiele in fr. 17. pr. 26. *de Praescr. verb.*

gabe derselben, sondern nur darauf ankommen soll, eine gleiche Zahl von gleichem Werth, Maas oder Gewicht zurückzuerstatten, der wichtige Unterschied nicht zu übersehen, dass dann die Gefahr immer den Schuldner trifft[29].

II. Ein eigenthümliches, der Schenkung sowohl wie dem Kommodat ähnliches[30], Verhältniss ist das Precarium, d. i. der Vertrag, wonach der Gläubiger dem Schuldner den Gebrauch einer Sache[31] ohne nähere Bestimmung desselben[32], oder die Ausübung einer in dem Inbegriff der Gebrauchs- und Nutzungsrechte daran gelegenen Befugniss[33], auf ihm beliebigen Widerruf aus Gefälligkeit überlässt[34].

[29] Fr. 26. *d.* Das Verhältniss ist dann in der That dem Darlehn ähnlicher, als dem Kommodat. Ist ausgemacht, *ut vel hos scyphos*, *velut ejusdem ponderis argenti dares* (s. diese Stelle), so glaube ich, dass die Frage von der Gefahr ebenso zu beurtheilen ist; denn, wenn sich der Gläubiger in sofern ganz in die Hand des Empfängers giebt, dass es gleich sein soll, ob er seine Sachen oder andere dafür wiederbekomme, so scheint mir eine Ungleichheit der Verhältnisse darin zu liegen, wenn der letztere von dieser Alternative in sofern Gebrauch machen dürfte, dass, wenn je nach den Umständen bei reinem Kommodat die Gefahr den Kommodanten getroffen hätte, er nun sollte annehmen können, es habe ein solches bestanden. — Wenn übrigens in Fällen dieser Art nach R. R. Zweifel war, ob nicht die *praescr. verb. a.* anstatt der *commodati actio* anzustellen sei, so ist das für die praktische Beurtheilung dieses Verhältnisses ganz gleichgültig.

[30] Fr. 1. §. 1. (2.) 3. *de Precario* (fortan *h. t.* cit.) und fr. 14. §. 11. *de Furtis.*

[31] Fr. 1. §. 3. fr. 2. §. 3. *h. t.*

[32] S. Anm. [38].

[33] Fr. 2. §. 3. *h. t.* Die *poss. juris* ist hier als *servitutis* zu verstehen, d. h. wie wenn eine solche für den *precario possidens* bestände, s. z. B. fr. 3. 15. §. 2. *h. t.*, denn die ihm zuständige Servitut kann Niemand einem Dritten *precario uti concedere;* so dass nicht etwa fr. 8. §. 5. so verstanden werden darf, vergl. §. 57. Anm. [10] und §. 58. Anm. [2] 2,. Schmidt a. a. O. S. 129 ff. will nach Schilling Inst. Bd. II. §. 133. Zus. 1. die *possessio juris* hier in dem weiteren Sinn verstehen, wonach sie nicht mit *quasipossessio* gleichbedeutend, sondern nichts weiter als die faktische Ausübung irgend eines Rechts sei, also dass man etwas thue, was den Inhalt eines Rechts ausmache. Da diese letzten Worte doch auch nur so zu nehmen sein werden: „was gewöhnlich, oder möglicherweise den Inhalt u. s. w.“ so liegt darin keine Abweichung von der diesseitigen Auffassung; allerdings aber ist es befremdend, dass Schmidt dies für das *precar.* allein und nicht auch für das Kommodat (s. oben Anm. [1]) annimmt, indem sich nicht absehen lässt, warum, wenn, wie er will, letzteres nicht streng auf körperliche Sachen beschränkt ist, nicht auch „die Geltendmachung des einem Recht korrespondirenden faktischen Zustands“ soll kommodirt werden können? Denn sein Gegengrund, „das Kommodat sei ein *negotium* und erzeuge gegenseitige Rechte, wodurch Alles, was sich in den Grenzen des blos Faktischen bewege, davon ausgeschlossen werde,“ — kann unmöglich dafür passiren, (s. auch Anm. [1] über das *precar.*) und ist sogar in sich selbst völlig unklar. — Uebrigens ist nicht blos an solche Befugnisse zu denken, sondern auch z. B. *ut in fundo moretur*, *ut in possessione esset*, fr. 6. §. 2. *eod.* fr. 10. pr. §. 1. 2. *de Acquir. poss.*, dann geht kein Besitz auf den *prec. poss.* über. S. noch Anm. [37]. Es bedarf der Bemerkung nicht, dass das Veräusserungsrecht, oder gar das der Vernichtung der Sache nicht Gegenstand des *precarii* sein kann, indem dann Widerruf nicht möglich wäre.

[34] Fr. 1. pr. (*Precar. est*, *quod precib. petenti utendum conceditur tamdiu*, *quamdiu is*, *qui concessit*, *patitur.*) §. 2. *h. t.* (*cum sibi libuerit*, *precar. solvere*) fr. 2. §. 2. *h. t.* Nach fr. 20. *h. t.* ist ein *precarium* auch in der Art möglich, dass der Gegenstand eines Kaufs *precario* überlassen wird, bis das *pretium* bezahlt ist, also als ein Nebenvertrag. Vergl. über den Begriff noch Schmidt a. a. O. S. 20. [16]. Im R. R. erschien ursprünglich das *precarium* nicht als vertragsmässiges Obl.-Verhältniss, sondern man betrachtete dasselbe als *simile donato* und *magis ad beneficii caussam quam ad negotii contracti spectans*, *et nulla eo nomine juris civil. actio est*, fr. 14. *h. t.* fr. 14. §. 11. *de Furtis*, so dass deshalb ein *interdictum* (*de precario*) *merito introductum est*, weil nach dem Widerruf der *precario* eingeräumte Besitz als rechtsloser erschien, fr. 2. *h. t.* Ungeachtet nämlich in der *precario rogatio* und

Eine Zeitbestimmung ändert hieran weder in sofern etwas, dass der Gläubiger nicht vorher widerrufen dürfte, noch, dass der Schuldner, wenn er bei unterbliebenem Widerruf die Ausübung des Rechts über die Zeit hinaus behält, nicht in demselben

impetratio, und in den für statthaft erachteten modifizirenden Bevorwortungen, (s. fr. 15. pr. *h. t.*) das Wesentliche einer Konvention liegen musste, so fehlte es doch an einer Form, um diese über das *pactum nudum* zu erheben. Dass, wie Puchta §. 136. b) nach fr. 15. §. 3. *h. t.* meint, sogar die Einkleidung des Akts in einen Kontrakt die Eigenschaft des Precarium aufgehoben habe, ist allerdings wohl nur davon zu verstehen, wenn die Rückgabe in eine Stipulation eingekleidet worden war. Denn er erkennt selbst an, dass es später als ein Innominatkontrakt betrachtet worden sei. Etwas Gewisses über diesen historischen Bildungsgang ist nicht zu ermitteln, sondern es lässt sich nur im Allgemeinen annehmen, dass die hierhergehörigen Stellen jüngeres Recht als die erstgedachten enthalten. — Ist die Niebuhr-Savigny'sche Hypothese richtig, dass das *Prec.* ursprünglich das Leihverhältniss zwischen Patron und Klient über das am *ager publ.* verliehene Kolonat gewesen, so mögte der Mangel der Anerkennung eines eigentlichen oblig. Verhältnisses völlig erklärt sein; denn dann wäre es einem Peculium ähnlich gewesen. Ueber seine spätere Anwendung s. *Gaius* II. 60. *Paulus S. R.* Lib. V. tit. 6. §. 7. *Isidor. Orig.* V. 25. Später also wurde dasselbe als ein *contractus* wenigstens in ähnlicher Art wie *tutela*, *negotior. gestio* und *communio* anerkannt, fr. 23. *de R. J.*, nur dass es auch jetzt noch kein *proprium nomen* für die doch nun anerkannte *civilis actio* gab, sondern die *praescr. verbis a. quae ex bona fide oritur* zugelassen wurde, fr. 2. §. 2. fr. 19. §. 2. *h. t.* coll. *Paul. S. R.* Lib. V. tit. 6. §. 10. Sollte nun hierbei auch *contractus* nicht als eine civiliter wirklich bindende Konvention verstanden sein, so ist doch soviel ganz gewiss, dass das vertragsartige Element darin dem blossen *Interd. de precario* gegenüber, und daneben, als wirksam anerkannt ist; dies beweist die in der zweiten Pandektenstelle auch noch zur Auswahl vorgeschlagene *incerti condictio* (*sine caussa*, *c. finita*) ganz entschieden, ferner die stillschweigende Fortsetzung eines *precarii* mit einem Dritten, an den die Sache veräussert worden ist, fr. 8. §. 2. *h. t.* und die Abschliessung eines *precarii inter absentes*, fr. 9. *h. t.* Es ist daher auch ganz gleich, wie die Verhandlung eingeleitet und ausgeführt wird, und der Streit, ob zum Wesen des Precarium eine vorangegangene Bitte gehöre, ist ganz fruchtlos, s. Savigny Besitz S. 557. und Schmidt's (a. a. O. S. 15 ff.) Opposition dagegen ohne allen Belang. Da auf Seiten des Gebers Alles von seinem guten Willen abhängt, so wird freilich eine vorangehende Bitte das gewöhnliche sein, aber nicht zu begreifen ist es, warum nicht dasselbe möglich sein sollte, wenn jener das *Precarium* anbietet. Bei der Anwendung des R. R. in Deutschland hat hieran natürlich niemals ein Zweifel sein können, indem in der nothwendig vorangehenden Verständigung über das Precarium allemal von selbst ein Vertrag enthalten ist; die Klage aus diesem ist sodann mit dem Interdikt verschmolzen worden. S. noch Anm. 38. Es ist daher nicht wohl zu erklären, wie Schmidt a. a. O. S. 12. und 100 ff. zu der Behauptung kommt, dass es ganz falsch sei, wenn man von jeher das *Precarium* als einen Vertrag angesehen, während nur ein rein faktisches Verhältniss vorliege. Wie könnte überhaupt ein solches für das Recht von Interesse werden? Wenn ferner Schmidt in dem Recht des Gebers auf Zurückforderung und der ihm entsprechenden Verbindlichkeit darum etwas Obligatorisches nicht anerkennt, weil beides nicht Zweck des Verhältnisses zwischen beiden sei, sondern nur die Dauer bestimme, dennoch aber (S. 104.) nach erfolgtem Widerruf vom Erlass des Interdikts, resp. der Mittheilung der Klageschrift *praescr. verbis* an, eine Umwandlung des faktischen Zustands in ein Rechtsverhältniss (Verbindlichkeit des Empfängers zur Rückgabe) annimmt, und S. 107. sagt, dass die Obl., welche dessen Inhalt bilde, schon im Augenblick der Ueberlassung einer Sache zum Gebrauch vorhanden, und durch die *mora* nicht erst entstanden, sondern verletzt sei, — und wenn er endlich S. 111. das *precarium* für ein Geschäft, wie das Kommodat, anerkennt, so zerfällt durch diese Zugeständnisse in der That der ganze Widerspruch in sich selbst. Denn dass durch die Errichtung eines *precarium* für den Schuldner allerdings während dessen Dauer zu seinem Gegenstand ein sehr von dem verschiedenes Verhältniss begründet werde, worin der Detentor fremder Sachen in anderen Obl. steht, das leugnet ja Niemand. Es ist wahrscheinlich, dass Schmidt durch seine

Verhältniss bliebe [35]. Es ist nicht erforderlich, dass derjenige, welcher ein Precarium gewährt, Eigenthümer des betreffenden Gegenstands sei, sondern es genügt, wenn er nur Besitzer war [36], denn es ist hier nicht auf eine Veräusserung abgesehen. Dagegen ist es zwar als Regel zu denken, dass der Gegenstand nicht etwa dem gehöre, welchem sein Gebrauch in dieser Weise gewährt werden soll, in sofern es jedoch möglich ist, dass der Eine das Eigenthum und der Andere den Besitz einer Sache hat, kann der letztere dem ersteren den Gebrauch in solcher Weise gestatten [37]. Aus dem Gegenstand des Precarium ergiebt sich zugleich der Umfang der danach zuständigen Befugnisse, denn dieser ist natürlich immer jenem entsprechend und nur durch ihn bestimmt und bestimmbar [38]. Doch kann dieses Verhältniss

Opposition auch nur eigentlich dessen Bestehen neben der Obl. als etwas Eigenthümliches bestärken will, allein wo soll denn diese Obl. sonst herkommen, als aus der Vereinigung bezüglich des *precarii?* wird nun dieses Geschäft *precarium* genannt, so ist das auch ein Vertrag. — Wenn ferner derselbe die Widerruflichkeit des *precarii* nicht als zum Wesen des *precarii* gehörig, sondern als eine Folge desselben betrachtet wissen will, (S. 18. 21. [16]) so muss ich dem ebenfalls entschieden widersprechen. S. nur fr. 1. pr. und §. 1. *h. t.* selbst.

[35] 1, Fr. 12. pr. *h. t.* 2, fr. 4. §. 4. fr. 5. *h. t.*, wenigstens ist nach dieser Stelle das anzunehmen. Mühlenbruch §. 384. ist mit Thibaut §. 557. C. der Ansicht, dass, wenn eine Zeit bestimmt worden, jetzt das Geschäft als Kommodat zu betrachten sei, nämlich weil jetzt alle Verträge und Beabredungen gültige Kraft haben. Allein wenn fr. 12. pr. *d.* eine *hujusmodi conventio* neben dem *precarium* als solchem nicht für wirksam erachtet, so ist doch wohl das geschehen, weil man die Natur des letzteren für überwiegend erachtete, indem sie jenes nicht vertrage. Ich glaube daher nicht, dass man davon abgehen darf.

[36] Fr. 7. *h. t.*; dagegen aber kann der Eigenthümer dem, der die Sache besitzt, dieselbe *precario dare*, fr. 18. *h. t.*

[37] Fr. 4. §. 3. *h. t.* fr. 45. *de R. J.* fr. 6. §. 4. *h. t.*; wegen der Beendigung des *precarii* in solchem Fall s. fr. 11. *h. t.*

[38] Daher ist der Gebrauch hier als unbestimmt zu denken, während sich die Art desselben, wie bei dem Kommodat in ermangelnder besonderer Beabredung, allerdings immer nach der Beschaffenheit der Sache oder des Rechts richtet, woran das Precarium Statt findet. Die Frage nun, ob nicht durch Beabredung Modifikationen solcher Art möglich seien, führt auf ein weiteres Feld, (auf welchem sie zugleich ihre Antwort findet,) nämlich zu der Frage von der Erkennung des Unterschieds des Precarii vom Kommodat in seinem praktischen Erscheinen, und somit auch zu der von seiner praktischen Bedeutung und Anwendbarkeit überhaupt. Es hat nicht an solchen älteren wie neueren Juristen gefehlt, welche die letztere ganz geleugnet haben (so noch Kritz in s. Rechtsfällen und Entscheidungen Bd. I. S. 177 ff. und Koch gemein. und preuss. Obl.-R. Bd. III. S. 370.). Diese Ansicht ist durchaus unhaltbar, wäre auch nur der einzige Unterschied zwischen ihnen gegründet, dass das Precarium willkührlichen Widerruf gestattet, das Kommodat aber nicht, s. Anm. [34] (a. E.), wozu ich aber wenigstens noch, und zwar in Uebereinstimmung mit der grossen Ueberzahl der Juristen, auch den rechne, dass das Precarium allein die Ausübung von Rechten Anderer möglich macht, nicht aber das Kommodat. Dass endlich beim ersteren nur und nicht beim letzteren der Inhaber Besitzer sei, wird doch gar nicht bestritten. Sind nun also wirklich wesentliche Verschiedenheiten vorhanden, so wird es darauf ankommen, woran man, da beide Kunstausdrücke bei Eingehung dieser Verhältnisse selten gebraucht werden mögten, bei eintretender Ungewissheit zu erkennen habe, welches von beiden beabsichtigt und vorhanden sei? Die hier möglichen Zweifel heben sich zum grossen Theil zuvörderst theils dadurch, dass Ausübung von Rechten niemals Gegenstand eines Kommodats sein kann; ferner, dass der deutsche gewöhnliche Ausdruck leihen, der wiederum nur von Sachen gebraucht wird, unbedenklich vom Kommodat zu verstehen ist; endlich, dass, wenn die Umstände der ausdrücklichen Erklärung bestimmt widersprechen, die aus jenen zu folgernde Absicht den Vorzug vor dieser erhalten muss. Im Uebrigen werden aber dergleichen namentlich dann entstehen, wenn das konkrete Verhältniss andere spezielle Erscheinungen darbietet, als

niemals über die Lebenszeit des Schuldners hinaus dauern und auf seine Erben übergehen [39], und zwar aus folgendem dieses Verhältniss noch weiter charakterisirenden Grunde. Die Ausübung eines Rechts muss dem, welchem sie, wenn auch in der gedachten Weise, so doch im eigenen Interesse überlassen wird, eine der des Berechtigten selbst ähnliche, mithin viel weitere Befugniss gewähren, als der Gebrauch, den das Kommodat verstattet [40]. Zu dieser ist in der Regel die Einräumung des, auf die Person des Berechtigten beschränkten, juristischen Besitzes oder Quasibesitzes erforderlich und daher im Zweifel als geschehen anzunehmen, so dass der den Gegenstand oder das Recht besitzende Schuldner die Besitzklagen erhält [41].

der allgemeine Typus desselben enthält. So lange diese nur von der Art sind, und das wird doch regelmässig zutreffen, dass nur die Frage zwischen beiden Arten von Verhältnissen schwankt, nicht von der Art, dass keines von beiden danach möglich wäre, sondern etwa ein wirkliches Sachenrecht, oder Pacht oder dergleichen angenommen werden müsste, wird sich im Allgemeinen immer wenigstens sagen lassen, dass das Verhältniss gerade so gelte, wie es eingegangen ist, und damit wird man in den bei weitem meisten Fällen ausreichen, sollte es sich selbst als ein Zwitter darstellen, dem kein bestimmter Charakter beigelegt werden kann. Sollten aber nach den konkreten Bestimmungen nicht zu lösende Fragen übrig bleiben, so scheint mir wenigstens — man erinnere sich, dass nach den vorangeschickten Bemerkungen nur körperliche Sachen als Gegenstand zu denken sind, — vor Allem der Umstand entscheidend, ob der Gebrauch ausdrücklich näher bestimmt ist? Ist das der Fall, so ist nach m. E. darum Kommodat anzunehmen, weil diese Bevorwortung nur ihm eigenthümlich ist. Denn beim Precarium ist sie darum durchaus überflüssig, weil, sobald der Geber der Sache mit dem gemacht werdenden Gebrauch nicht zufrieden ist, er nur das Precarium zu widerrufen braucht, was ihm ohne Angabe irgend eines weiteren Grunds beliebig frei steht. Für weniger allgemein entscheidend halte ich die Uebertragung des Besitzes, denn, dass diese beim Kommodat nicht auch möglich sein sollte, sehe ich nicht ein; nur dann, wenn seine ausdrückliche Uebertragung mit einer Hingabe der Sache ohne ausdrückliche Gebrauchsbestimmung geschehen, würde nothwendig Precarium anzunehmen sein, weil dann dessen wesentlichste Eigenthümlichkeiten zutreffen. Die ausdrückliche Zurückbehaltung des Besitzes ist dagegen nicht als Zeichen des Kommodats zu betrachten, s. Anm. [41], sondern müsste sogar umgekehrt für eine Anzeige des Precarii gehalten werden, weil sie sich für das erstere von selbst versteht.

[39] Fr. 12. §. 1. *h. t.*, natürlich aber gehen die Klagen *in* und *contra heredes* über, s. fr. 8. §. 1. 8. *h. t.*

[40] Dies beruht in der Nothwendigkeit, findet aber auch ausdrückliche Bestätigung, z. B. in fr. 6. §. 4. *h. t.* (dem Eigenthümer *precario* eingeräumter Gebrauch einer von ihm verpfändeten Sache) in fr. 8. §. 4.'6. *h. t.*, wo noch bis zum *edict. editum* die *fructus* dem *precario poss.* gehören, und erst von der *mora* an *omnis caussa* in Betracht kommt, es ist also beim *precarium* von Sachen der volle Genuss der Eigenthumsnutzungen gemeint. Ferner ergiebt sich das bei der Ausübung der den Dienstbarkeiten ähnlichen Befugnisse (s. z. B. fr. 15. §. 2. *h. t.*) von selbst, sowie aus der Bestimmung, dass er nur wegen *dolus* haftet, welche nur eine Folge grösserer Freiheit im Gebrauch der Sache sein kann.

[41] 1, Fr. 4. §. 1. fr. 15. §. 4. *h. t.* 2, fr. 2. §. 3. (fr. 15. §. 2.) *h. t.* Dass mit der *precario rogatio* regelmässig Besitz als eingetreten gedacht werde, ergeben alle den Besitz dabei erwähnende Stellen. Es entsteht daher die Frage, ob überhaupt ein *precarium* ohne Besitz, d. h. mit blosser Detention möglich sei? Nach fr. 6. §. 2. *h. t.* ist zuvörderst soviel gewiss, dass, wenn der Inhalt des *precarii* von der Art ist (*morari in fundo*), dass wegen der daneben bestehen bleibenden Befugnisse des Eigenthümers und ihrer Ausübung von dessen Seite der Besitz von ihm füglich auf einen Anderen gar nicht als übertragen angesehen werden kann, für den *precario rogans* nur *in possessione esse*, und nicht *possidere* eintritt. Allein auch in anderen Fällen, wo nicht wie hier es als Folge der Natur des *precario rogatum*, und als dem entsprechender stillschweigender Wille anzusehen ist, dass *possessio* nicht übergehen solle, muss, da, wenn der Besitz durchaus wesentlich zum *precar.* gehörte, es auch in den gedachten

Eine andere Folge dieser grösseren Freiheit ist die, dass er für die Verwahrung der empfangenen Sache als einer fremden nicht in dem Grad einzustehen braucht, wie der Kommodatar, sondern dabei mehr wie der Eigenthümer selbst verfahren darf; er hat daher nur für Culpa lata zu haften [42]. Die Uebertragung des Besitzes zu dem gedachten Zweck, während der Eigenthümer doch dies bleibt und jenen beliebig widerrufen kann, lässt also hier für den Schuldner eine Art von Sachenrecht mit eigenthümlich modifizirender Beschränkung entstehen. Sobald aber der Widerruf erfolgt, zeigt sich die Wirksamkeit der Obligation, und zwar in der Nothwendigkeit der Zurückgabe des empfangenen Gegenstands sammt Zubehör, wobei übrigens dieselben Regeln wie bei der eines geliehenen Gegenstands zur Anwendung kommen, soweit sie nicht durch die Natur des Precarium modifizirt werden, — beziehungsweise in der des Unterlassens der ferneren Ausübung des eingeräumt gewesenen Rechts [43].

Fällen nicht anerkannt worden sein könnte, durch Bevorwortung der Besitz vom Eigenthümer zurückbehalten werden können. Es ist hierbei noch im Besonderen zu bemerken, dass nach §. 1. *eod.* eine *gratuita habitatio* zugleich mit dem Anderen in dessen Hause kein *precario habitare* ist, dieses erfordert vielmehr die Einräumung eines *habitaculum*, also dergestalt, dass eine besondere *possessio* Statt finden könnte, c. 2. *ej. tit.* Dies leugnet Pfeiffer Abhandl. über d. Besitz, Tüb. 1840 S. 80., indem er behauptet, dass bei bittweiser Ueberlassung einer Sache immer wirklicher Besitz übergehe, ohne jedoch mehr zu beweisen, als dass regelmässig der Besitz verstattet sein werde, nicht, dass es kein *precar.* ohne ihn geben könne. Denn, wenn er für den Fall ohne Besitz nur *precarium usus rei* oder *ususfructus* annimmt, so weiss ich nicht, was das *precarium rei* eigentlich mehr gewähren soll? Mit der behaupteten Befugniss, nach Willkühr darüber zu verfügen, kann es doch neben der Verpflichtung, für *dolus* einzustehen, unmöglich Ernst sein? — Was endlich die Natur dieses Besitzes betrifft, so ist er bekanntlich einer von den von Savigny zu dem abgeleiteten Besitz gezählten Fälle, s. Bd. I. §. 42. Anm. [14]. Der ganze Besitz erklärt sich in seiner Natur, und namentlich in sofern der *precario possidens ad usucapionem* für den *rogatus* besitzt — fr. 13. §. 7. *de Acquir. poss.* — so dass diesem die *accessio* zu Theil wird, nach §. 42. Anm. [13], [14], vergl. auch Pfeiffer a. a. O. S. 120 f. Dieses kann nunmehr auf sich beruhen. Dagegen aber kommt hier noch der Streit in Betracht, ob nun hier nicht gegen die Regel, dass nicht *plures eandem rem in solidum* besitzen können (vergl. §. 43. Anm. [4]), verstossen sei, welcher sich bekanntlich um die Erklärung des fr. 3. §. 5. *de Acquir. poss.*, worin der schon unter den römischen Juristen verhandelte Streit, ob nicht nur der *rogans*, sondern auch der *rogatus* besitze, verneinend wider letzteren entschieden worden ist, und das fr. 15. §. 4. *h. t.* dreht, worin es heisst, dass der Geber der Sache *non discesserit possessione animo.* Savigny, Besitz S. 197 ff., ist der Meinung, es liege hier eine Inkonsequenz in der Aufnahme der Stelle vor, da sie einen durch die andere bereits entschiedenen Streit im entgegengesetzten Sinn betreffe. Nach m. E. beziehen sich aber die verfänglichen Worte nur auf die fortwährende augenblickliche Möglichkeit des Widerrufs, während der *precario possidens* dennoch der einzige wirkliche Besitzer ist, vergl. auch Pfeiffer a. a. O. S. 82. Hierdurch erledigt sich auch aller von neueren Juristen wiederum über die in beiden Stellen enthaltenen Gründe geführte Streit, wobei namentlich Schmidt, das Kommod. und Precar. S. 78., glaubt, es habe in der letzteren Stelle ein neuer (aber unhaltbarer) Grund für die in der ersteren verworfene Meinung aufgestellt werden sollen. Dagegen ist dessen Widerlegung (bis S. 100.) der Ansicht Hagen's, über den gleichzeit. Besitz u. s. w. Hannov. 1840, welcher einen gleichzeitigen Besitz als möglich darzuthun sucht, wohl gelungen. Im Resultat bleibt es dabei, dass der *precario rogans* der alleinige wirkliche Besitzer ist, seinem Besitz aber durch Widerruf des *rogatus* allerdings jeder Zeit ein Ende gemacht werden kann.

[42] S. §. 101. [57].

[43] Hier ist im Besonderen Folgendes zu bemerken: 1. vor Allem ist natürlich die Rückgabe der Sache Gegenstand der Verbindlichkeit, und zwar mit den Früchten *ex die interdicti*, fr. 8. §. 4. *h. t.*, was jetzt vom Moment des Verzugs an zu verstehen ist. 2. Das Abstehen von

§. 112.
Das Depositum.

Depositum heisst eigentlich der Gegenstand, welchen man einem Anderen zur Verwahrung anvertraut[1]; demnächst aber der Vertrag, welcher zu diesem Behuf[2] durch die Uebergabe der Sache eingegangen wird. Diesem ist Folgendes wesentlich: 1) vollzogen wird er, das Einverständniss der Kontrahenten über seine Errichtung vorausgesetzt[3], erst dadurch, dass die Sache dem, der sie aufbewahren soll, dem Depositar, wirklich übergeben wird[4]. Eine von ihm hierzu abgeordnete Mittelsperson vertritt bei der Uebernahme allerdings seine Stelle[5]; doch ist in den Fällen, wenn Jemandem eine Sache übergeben worden, um sie einem Anderen Behufs der Verwahrung zu überbringen, dafern dieser sie aber nicht annehme, selbst zu verwahren, und diese Voraussetzung zugetroffen, oder, wenn ihm Auftrag ertheilt worden, die Sache in Empfang zu nehmen und zu verwahren, und dieses geschehen ist, kein Depositum[6] zwischen diesen Personen vorhanden, sondern ein Auftrag; ebenso, wenn Jemandem Behufs der Vollziehung eines Auftrags Sachen übergeben worden sind[7]. 2) Nur eine bewegliche Sache kann Gegenstand dieses Vertrags sein; die übernommene Bewachung und Beaufsichtigung eines Grundstücks ist ebenfalls ein Auftrag[8]. 3) Ob der Gegenstand dem, der ihn in Verwahrung giebt, dem Deponenten, gehört, ist gleichgültig[9], nur kann umgekehrt eine dem Depositar gehörige Sache nicht bei ihm selbst deponirt werden[10]. 4) Die Aufbewahrung muss unentgeltlich geschehen, widrigen Falls würde ein anderer Vertrag eingegangen sein[11].

fernerer Ausübung des eingeräumten Rechts, fr. 2. §. 2. 3. fr. 3. *h. t.* 3. Geschieht die Restitution nicht (und ist sie nicht durch Zwang zu realisiren), so geschieht *condemnatio in tantum, quanti interfuit actoris, ei rem restitui ex eo tempore, ex quo Interdictum editum est, ergo et fructus ex die Int. etc.* fr. 8. §. 4. *h. t.* 4. Es werden unbedenklich Gegenforderungen des *prec. possidens*, wie beim Kommodat, für statthaft zu erachten sein, s. auch Unterholzner a. a. O. S. 568. q), nur kann ich mit diesem nicht darin übereinstimmen (S. 566. A.), dass wegen unzeitigen Widerrufs hier irgend jemals von Entschädigung die Rede sein könnte; er kann nie für unzeitig gehalten werden.

1 Fr. 1. pr. *Depositi* (künftig *h. t.* citirt), für *deponere* kommt in den Quellen auch *commendare* vor, vergl. darüber Glück Komm. Bd. XV. S. 137.

2 S. z. B. fr. 31. §. 1. *h. t.* (Wegen des *custodiam non praestare* in §. 17. (19.) *I. de Obl. quae ex del.* s. dens. S. 141., *cust.* ist dort technisch als der *culpa levis* entsprechend zu verstehen.)

3 Fr. 18. §. 1 *de R. C.*

4 §. 3. *I. Quib. modis re*, fr. 1. §. 5. *de O. et A.*

5 Fr. 1. §. 14. *h. t.*

6 Fr. 1. §. 12. 13. *h. t.*

7 Fr. 8. pr. *Mandati.*

8 Hierüber herrscht eine von vielen älteren Juristen festgehaltene Meinungsverschiedenheit, s. die bei Glück a. a. O. S. 147. 16 Gen., s. aber diesen dagegen. Die entscheidendsten Gegengründe sind, dass kein Beispiel eines *depos.* an einer *res soli* vorkommt, sowie dass, da nach fr. 1. pr. *h. t.* *depos.* von *positum* (*apud aliquem*) herkommt, dies doch nur auf bewegliche Sachen Bezug haben kann. Der Westgothischen Interpr. zu *Paulus S. R.* Lib. II. tit. 12. §. 7. liegt offenbar ein Irrthum zu Grunde.

9 Fr. 1. §. 39. fr. 31. §. 1. *h. t.*

10 Fr. 15. 31. §. 1. *h. t.* fr. 45. pr. *de R. J.* Nicht unmöglich und nicht unzulässig wäre es, die Jemandem gehörige Sache bei ihm selbst ohne Rücksicht auf sein Eigenthum zu deponiren, so z. B. ein Faustpfand dem Eigenthümer zum Aufheben zu geben.

11 Fr. 1. §. 8—10. fr. 34. *h. t.*; eine Belohnung, oder freiwillige Vergütung, *pretium depositionis, non quasi merces*, ist zulässig fr. 2. §. 24. *Vi bonor.*, natürlich ebenso eine Vergütung des Aufwands auf die Sache, fr. 1. §. 10. *h. t.* Die bei gerichtlich niedergelegten Geldern und werthvollen Sachen üblichen und gesetzlich festgestellten Depositalgebühren nehmen also dem

Das durch diesen Vertrag hergestellte Verhältniss ist auf den ersten Anblick von der Art, dass alle Last davon auf den Depositar fällt, während der Deponent allen Vortheil davon hat. Vor Allem hat der erstere die Obliegenheit, den deponirten Gegenstand dem Deponenten jeder Zeit zurückzugeben[12], oder, wenn die Zurückgabe an einen Anderen für diesen ausgemacht worden, an diesen[13]. Durch den erhobenen Einspruch eines Dritten als vermeintlichen oder wirklichen Eigenthümers, darf sich der Deponent von Erfüllung seiner Obliegenheit nicht abhalten lassen[14], so lange ihn nicht die in Folge der nöthigen Anträge des ersteren erlassenen richterlichen Auflagen daran hindern[15]. Ist aber der Depositar, wie sich etwa nun ergiebt, Eigenthümer der Sache gewesen, oder hat er das Eigenthum inzwischen vom Deponenten erworben, so versteht sich von selbst, dass seine Verpflichtung wegfällt; ein Kompensationsgrund aber ist dagegen unwirksam[16]. Die Verpflichtung umfasst die in Verwahrung erhaltene Sache selbst[17], sammt allem Zubehör[18] und allen Erzeugnissen derselben[19]. Er hat dabei rücksichtlich des Untergangs und der Verschlechterung der Sache nur regelmässig Culpa lata in der Verwahrung zu vertreten[20]; höhere Sorgsamkeit dann, wenn die Deposition in seinem Interesse geschah[21]. Sollte er jedoch den Gegenstand ohne Erlaubniss des Depo-

Verhältniss zwischen dem Deponenten und dem Gericht offenbar den Charakter des wahren Depositi, so dass es nur etwa für eine *locatio cond.* (*operar.*) gehalten werden kann, s. Anmerk. [34].

[12] §. 3. *I. Quib. modis re*, fr. 1. §. 22. *h. t.* Vergl. Anm. [20], wegen der Zeit, und was schon die letztgedachte Stelle selbst darüber enthält.

[13] C. 8. *Ad exhibend.* fr. 1. §. 11. *h. t.*; der Depositar muss also darum gewusst haben. Vergl. zur letzteren Stelle Mühlenbruch Cession S. 110.

[14] Nov. 88. c. 1. Derjenige, welcher den Widerspruch erhebt, und dadurch dem Deponenten Schwierigkeit und Verzögerung bereitet, soll nach dieser Nov. sogar die Gefahr der Sache tragen, und von deponirten Geldern vier Procent Zinsen bezahlen müssen; hierdurch ist c. 11. §. 1. *h. t.* wieder aufgehoben worden. Wenn jedoch der Depositar erfährt, dass der Deponent die Sache durch ein Verbrechen erworben habe, so kann sie dem dadurch Beeinträchtigten zurückgegeben werden, fr. 31. pr. §. 1. *h. t.* Gegen die wider ihn erhobene *rei vind.* (fr. 9. *de R. V.*) mag sich der Depositar durch *nominatio auctoris* helfen.

[15] Fr. 15. §. 12. *de Re jud.* und vergl. §. 103. Anm. [50].

[16] S. §. 104. Anm. [43] und nachher Anm. [28].

[17] §. 3. *I. d.* Geld in Packeten und Beuteln u. s. w. erscheint hierbei als *species*, *ut nummi reddantur*, fr. 24. *h. t.* coll. fr. 1. §. 41. *h. t.* vergl. nachher Anm. [18] und dagegen nachher a. im Text. — Wegen mehrerer Erben eines der Kontrahenten, oder mehrerer Deponenten oder Depositarien s. §. 89. Anm. [29]. — Wegen der vom Erben des Depositars *bona fide* geschehenen Veräusserung der *res depos.* s. fr. 1. §. ult. fr. 2—4. *h. t.*

[18] Fr. 1. §. 5. *h. t.*, obwohl diese Stücke nicht für sich als deponirt gelten. Jhering Jahrb. d. Dogmatik Bd. I. S. 35. erklärt dies als römischen Formalismus, zusammenhängend mit der Klagformel. Die obige Auffassung des Umfangs der Verpflichtung vermeidet diese Ausstellung wider die Fassung Anderer, z. B. Puchta Lehrb. §. 321. Der Inhalt einer verschlossenen Kiste, eines versiegelten Beutels und dergl. ist aber als deponirt zu betrachten, fr. 1. §. 41. *h. t.*, es braucht ihn also der Depositar nicht zu kennen, und nicht vorgezeigt erhalten zu haben, nur muss sich freilich beweisen lassen, dass der angebliche Inhalt sich in dem Behältniss befunden habe. In der Praxis hat man hier manche Vermuthungen, namentlich um den Erfüllungseid zu erlangen, behauptet, vergl. die bei Koch, das gem. und preuss. Obl.-R. Bd. III. S. 380. Gen. und Glück a. a. O. S. 185 ff.

[19] Fr. 38. §. 10. *de Usuris.*

[20] S. fr. 5. §. 2. *Commodati*, fr. 32. *h. t.* fr. 1. §. 5. *de O. et A.* c. 2. *X. de Deposito*, (s. oben Anm. [2] die Parenthese) vergl. §. 101. Anm. [58] und [63] 2, und noch ebendas. Anm. [38]. Ueber Zeit und Ort der Leistung s. §. 91. z. A. §. 93. S. 199. und §. 92.

[21] Fr. 4. pr. *de R. C.* und s. noch Anm. [32] vergl. mit dem Textsatz bei Anm. [58] in §. 101.

nenten gebraucht haben, so muss er für die dadurch entstandene Verschlechterung [22], sowie für zufälligen Schaden [23] einstehen, und wenn Geld deponirt war, Zinsen davon zahlen [24]. Die Verpflichtung kann übrigens der Deponent auch gegen den dritten Inhaber des deponirten Gegenstands geltend machen, wenn der Depositar denselben bei jenem anderweit deponirt hat [25]. — Möglich ist es jedoch, dass auch der Depositar durch die Aufbewahrung der Sache Forderungen an den Deponenten erwirbt; dieser hat nämlich nicht nur ersterem die auf die Erhaltung [26] oder durch die Zurückgabe entstandenen Kosten zu ersetzen, (die letzteren nämlich, wenn der Deponent dazu die Veranlassung gegeben, z. B. die Rückgabe an einem anderen Ort bedungen, als wo er deponirt hat) [27], sondern auch dafür einzustehen, dass ihm durch die Beschaffenheit der deponirten Sache selbst kein Schaden entstehe, und dabei alle mögliche Sorgfalt zu vertreten [28].

In besonderer Weise rücksichtlich der Verpflichtung des Depositars ausgezeichnet ist das Depositum, welches im Fall einer Gefahr, bei Feuersbrünsten, Aufruhr, Schiffbruch und ähnlichen Ereignissen nothgedrungen gegeben worden (sog. miserabile); wenn nämlich jener dabei den Empfang leugnet, so wird er auf das Doppelte verurtheilt [29].

[22] Arg. fr. 1. §. 16. *h. t.* Das nach c. 3. *h. t.* und anderen Stellen anerkannte *furtum usus* ist ohne praktische Bedeutung.

[23] Arg. fr. 1. §. 25. *h. t.*

[24] S. §. 87. Anm. [27] 1, c. 3. 4. *h. t.*

[25] Dieser Satz ist im Allgemeinen auf die Regeln von der Stellvertretung zu stützen, und findet auch noch ausdrückliche Bestätigung in der *Moss. et Rom. LL. Coll. X.* 7. §. 8., welche eine *utilis a.* anerkennt; s. übrigens auch fr. 16. *h. t.*, wiewohl dieses nur für den Fall des *dolus* des zweiten Depositars die Abtretung der Klage des ersten an den Deponenten vorschreibt.

[26] Fr. 23. *h. t.* fr. 5. pr. *eod.* (*de indemnitate.*)

[27] Fr. 12. pr. §. 1. *h. t.*

[28] Fr. 61. §. 5. *de Furtis.* Bekanntlich besteht darüber eine grosse Kontroverse, ob nicht wenigstens diese Gegenforderungen zur Kompensation (s. Anm. [16]) und Retention benutzt werden können? Vergl. darüber Glück Komm. Bd. XV. S. 199 ff. Ich halte jedoch mit ihm und den meisten Neueren, s. z. B. Puchta §. 321. r), die Vorschrift der c. 11. *Depos.* für so entscheidend und absolut verneinend, dass alle Gegengründe dawider nicht in Betracht kommen können. Wenn gleichwohl Glück einen dem widersprechenden und der anderen Meinung huldigenden Gerichtsbrauch anerkennt, so scheint mir es dennoch sehr fraglich, ob einem halben Dutzend Praktiker, welche sicherlich mehr diese andere Meinung vor Augen, als die bestimmte Absicht und Ueberzeugung gehabt haben, einen Rechtssatz gegen das Gesetz zu begründen, diese Auktorität beigelegt werden darf. Allerdings aber kann auch keine Verpflichtung des Depositars, Ausgaben irgend einer Art zu machen, angenommen werden. Vergl. Koch a. a. O. S. 392.

[29] Fr. 1. §. 1—4. fr. 18. *h. t.* §. 23. 26. *I. de Action.* s. oben §. 101. Anm. [71] und wegen Haftung der Erben das. Anm. [73] 1, wegen Anwendbarkeit der *poena dupli* s. Glück a. a. O. S. 217. A. M. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 325. Ein freiwilliges Depositum bei solcher Gelegenheit steht dem nicht gleich, und dass jedes in solchen Fällen gegebene immer ein *ex necessitate descendens* sei, lässt sich nicht sagen. Der Fall muss also von der Art sein, dass der Deponent, um seine Sachen zu retten, nicht umhin kann, Andere darum anzusprechen, sie ihm zu verwahren. Offenbar sind im Edikt (fr. 1. §. 1. *h. t.*) *tumultus*, *incendium*, *ruina* und *naufragium* nur als gewöhnlichste Beispiele gemeint, so dass z. B. grosse Wassersnoth, Erdbeben u. s. w. jenen Ereignissen gleichzustellen sind, denn die Gründe für dieselben in den ff. §§. passen auf solche von allen Arten. Dass übrigens das Edikt in der Form der Ausnahme spricht, hat darin seinen Grund, weil im früheren Recht die Klage aus dem Depositum schlechthin auf's Doppelte ging, und auch sonst noch besonders dazu ausgestattet war, den *dolus* des Deponenten zu zügeln, s. *Moss. et Rom. LL. Collat.* X. 7. §. 11. und dazu Dirksen über die Zwölftafelfragm. S. 597 ff. §. 2. *I. de Poena temere litig.* fr. 1. 6. §. 6. *de His qui notantur.* — Irrig beschränkt Glück Komm. Bd. XV. S. 215 ff. nach fr. 18. *d.* die Klage gegen die Erben überhaupt auf ein Jahr; s. Vangerow a. a. O. S. 391 ff.

Das Depositum kann in seinen gegenseitigen nothwendigen und möglichen Wirkungen mannigfach modifizirt und näher bestimmt werden, ohne seinen Charakter abzulegen, so z. B. durch nähere Bestimmung des vom Depositar zu vertretenden Grads der Achtsamkeit, durch Uebernahme der Gefahr, durch Festsetzung der Erhaltungskosten der Sache, u. s. w.[30]. Namentlich gehört hieher auch die Verpflichtung, die Sache eine bestimmte Zeit über zu bewahren, die auch stillschweigend übernommen sein kann, widrigen Falls der Depositar die Rückgabe jeder Zeit bewirken und die Wiederabnahme verlangen kann[31]. Möglich ist es auch, dass zwar ursprünglich ein Depositum beabsichtigt wird, durch solche Beabredungen aber in ein anderes Geschäft übergeht[32], so in Sachenmiethe, wenn der Gebrauch der deponirten Sache gegen einen bedungenen Preis gestattet[33], in Dienstmiethe, wenn dem Depositar für die Uebernahme der Verwahrung der Sache etwas gezahlt wird[34]; ebenso ist es auch noch für Miethe anzusehen, wenn für die Verwahrung der Gebrauch gestattet wurde[35]; für einfaches Depositum hingegen wieder, wenn dieser nicht gerade ausgemacht worden, aber den Umständen und der Natur der Sache nach ganz unverfänglich und zur Erhaltung der Sache vielleicht sogar nöthig, und also stillschweigend als gestattet zu betrachten ist[36]. Ferner, in Kommodat[37], und, wenn der Depositar besondere Leistungen in Bezug auf die Sache übernimmt, in Auftrag[38]. Welches dieser verschiedenen Geschäfte in dem Einzelfall als wirklich vorhanden zu betrachten sei, ist aus dessen Umständen zu ermessen; die praktische Hauptveranlassung zur Unterscheidung wird in der Regel die Frage nach dem Grad der zu vertretenden Culpa sein[39]. Zwei Arten solcher Geschäfte sind jedoch eigenthümlich charakterisirt, so dass ihr Wesen besonders darzustellen ist.

a) Das erste ist das sog. irreguläre Depositum. Bei Gelddepositen nämlich (wie auch bei deponirten anderen fungibelen Sachen)[40] kann: 1) beabredet sein, dass nicht gerade die deponirten Münzen, sondern nur dieselbe Summe zurückgegeben werden soll[41]; als stillschweigend beabsichtigt wird dies dann angesehen, wenn Geld unverschlossen und unversiegelt deponirt wird[42]. Es ist mithin dann eine

[30] 1, Fr. 1. §. 6. *h. t.* c. 1. *eod.* (s. dagegen fr. 1. §. 7. *h. t.*) 2, fr. 1. §. 35. *h. t.* fr. 7. §. 15. *de Pactis.* 3, fr. 1. §. 9. (*verb. si vero nihil aliud etc.* da diese zu ersetzen sind, so ist es auch, der Natur des Kontrakts unbeschadet, zulässig, sie durch Konvention zu fixiren.)

[31] Vergl. Koch a. a. O. S. 395. Dieser nimmt auch an, dass der Depositar die Rücknahme verlangen könne, sobald er ausser Stand komme, die Sache ferner mit Sicherheit und ohne Schaden zu bewahren. — Wegen der *conditio* in fr. 1. 1. §. 22. *h. t.* vergl. Glück a. a. O. S. 189.

[32] Ein eigenthümliches Beispiel enthält fr. 17. §. 2. *de Praescr. verb.* — *rem inspiciendam dare alicui*, was *tam sui quam mei caussa* geschehen kann, letzteren Falls haftet er nur für *dolus, quia prope depositum hoc accedit.*

[33] Fr. 1. §. 9. *in medio.* Die obigen Fälle sind natürlich nicht blos von momentanen Ereignissen zu verstehen, also nicht von Ausnahmen in einzelnen Fällen.

[34] Fr. 1. §. 9. *init.*

[35] *Ibid.* (*quasi genus locati et conducti intervenit;* aber *praescr. verbis a.*)

[36] Dies ist §. 9. *d.* in den Schlussworten ebenfalls zu bestätigen geeignet, indessen bedarf es eines äusseren Arguments dazu nicht. So z. B. müssen Reit- oder Wagenpferde ausgeritten oder gefahren werden. Der Gebrauch eines (unverschlossen) deponirten Fernrohrs, einer Lupe und dergl. ist ebenfalls ganz unbedenklich gestattet.

[37] Fr. 76. pr. *de Furtis.* Vergl. Neustetel und Zimmern röm. rechtl. Unters. S. 25.

[38] Fr. 1. §. 11. 12. 13. 14. *h. t.* fr. 9. §. 3. *de Dolo.*

[39] Fr. 1. §. 10. *h. t.*

[40] Soweit es deren Natur erlaubt, vgl. Neustetel a. a. O. §. 8. a. E. Vergl. jetzt A. C. J. Schmidt im Arch. Bd. 30. S. 77 ff.

[41] Fr. 24. *h. t.* (*verb. nam si, ut tantundem solveretur, convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos.*)

[42] Fr. 31. *Locati*, fr. 25. §. 1. *h. t.*

Verfügung über das Geld und somit ein Verbrauch durch Verausgabung in des Depositars Willkühr gestellt[43]. Obwohl nun dieser also, wie beim Darlehn, nur Schuldner derselben Summe, und die Beabredung der Verzinsung hierbei zulässig ist[44], so geht dennoch das Depositum nicht in Darlehn über[45]; allerdings aber wird bis auf die Unzulässigkeit der Kompensation jedes Unterscheidungsmerkmal schwinden, sobald der Depositar über das Depositum wirklich verfügt hat[46]. — 2) Wenn dem Depositar der beliebige Gebrauch deponirter Gelder gleich bei der Deposition, oder erst, nachdem das Verhältniss eine Zeit lang bestanden, gestattet worden ist, so verwandelt sich im ersten Fall das Depositum von da an in Darlehn, wo der Depositar es angreift[47], und im zweiten von dem Augenblick der Uebereinkunft an[48].

b) Das zweite der angedeuteten Geschäfte ist die Sequestration. Darunter wird die Uebergabe einer Sache an einen Dritten zur Verwahrung und Erhaltung verstanden, worüber Zwei in Streit begriffen sind[49], oder an welcher die Ausübung gewisser Rechte noch nicht geschehen kann, um sie dem Berechtigten zu sichern[50], unter der Bevorwortung der Rückgabe beim Eintritt einer gewissen Bedingung[51].

[43] Dies ist eine nothwendige Folge, s. übrigens fr. 31. in f. *Locati* (*nihil aliud eum debere etc.*) fr. 25. §. 1. *h. t.*

[44] Fr. 24. in f. 26. §. 1. *h. t.* Vergl. Huschke in d. Ztschrft. N. F. Bd. II. S. 150 ff.

[45] S. die beiden Stellen der vor. Anm.; obwohl beide das Geschäft als *depos. pecuniae modum excedens* (s. Anm. [41]) bezeichnen, so halten sie doch die *a. depositi*, auch bezüglich der Zinsen, für statthaft. Ueber die Erklärung dieser beiden Stellen vergl. Glück a. a. O. S. 158 ff. 164 ff. und Neustetel und Zimmern röm. rechtl. Unters. Nr. I. §. 6. 7. und bes. Vangerow a. a. O. S. 395. u. 397. dem ich beitrete.

[46] Ich wüsste wenigstens nicht, worin ausserdem ein Unterschied bestehen sollte, namentlich geht das *periculum* damit natürlich auf den Depositar über, sobald er das Geld angegriffen hat; früher allerdings nicht. — Der obige erste Fall ist der des eigentlichen *depos. irregulare*, worüber viel gestritten worden, so dass man sogar hier immer einen Uebergang in *mutuum* vertheidigt hat. S. dagegen bes. Vangerow a. a. O. S. 392 ff.

[47] Fr. 10. *de R. C.* fr. 1. §. 34. *h. t.* Eine Modifikation dieses Falls tritt nach fr. 4. pr. *de R. C.* dann ein, wenn der Deponent nicht eigentlich die Absicht hatte, sein Geld zu verleihen, der Depositar aber für einen gewissen Fall, aber nicht eher ein Darlehn sucht; wird hier dergestalt deponirt, dass, wenn der Fall eintritt, das Geld als dargeliehen betrachtet werden solle, so geht dieses Depositum sogleich auf die Gefahr des Depositars über. Vergl. Glück a. a. O. S. 179 ff. und Vangerow S. 401.

[48] Fr. 9. §. 9. *de R. C.* fr. 34. *Mandati.* Die Detention geht durch den veränderten *animus* hier in die *possessio* über, wodurch *nummi tui mei fiunt.* Vergl. Vangerow S. 400. Ueber ältere unrichtige Ansichten s. Neustetel a. a. O. §. 3.

[49] Fr. 110. *de V. S.* fr. 6. 17. pr. *h. t.;* nach diesen Stellen ist der Fall des Streits als der regelmässige zu denken.

[50] Fr. 22. §. 8. *Soluto matrim.* (Sicherung der *dos* einer wahnsinnigen Frau bei stehender Ehe, die der Mann zu verschleudern beginnt.) Andere Beispiele im R. R. enthält fr. 3. §. 4. 6. *de Liberis exhib.* fr. 21. §. 3. *de Appell.* (*fructus agri*); mit letzterer Stelle übereinstimmend ist c. 3. *X. de Sequestrat. poss.* Koch a. a. O. S. 408. hält Sequ. nicht für möglich, wenn ein Gegenstand völlig ausser Streit sei; allerdings soll zwar hier wohl nicht gerade ein schon eingetretener rechtlicher Konflikt verstanden werden, sondern nur ein Verhältniss, welches Zweifel wegen künftiger Verwirklichung eines Rechts darbietet, und Sicherungsmaasregeln dagegen als angemessen erscheinen lässt, indessen mögte ich doch ein solches nicht schon als Streit bezeichnen. S. Hugo, Magazin Bd. I. S. 97. (4. Ausg.) Glück a. a. O. S. 138. Mühlenbruch §. 387. Anm. [2].

[51] Fr. 6. *h. t.* (*certa conditione*) fr. 9. §. 3. *de Dolo malo.* Die Bedingung ist im ersten (dem regelmässigen) Fall die, dass die Herausgabe an den von beiden streitenden Theilen geschehe, welcher obsiegt. Ueberhaupt aber kann es an einer näheren Bestimmung über die Herausgabe nicht fehlen, weil sonst ein ganz gewöhnliches Depositum vorläge.

Veranlassung dazu kann nicht nur die Uebereinkunft der Partheien [52], sondern auch richterliche Anordnung sein, letzteres jedoch nur zu dem Zweck, wenn eine streitige Sache vor Gefährdung und Willkühr behütet werden soll, niemals bei Geldforderungen [53]. In beiden Fällen besteht ein Verhältniss zwischen dem, der die Sache in Verwahrung erhält, dem Sequester, und, wenn die Sequestration in Folge eines Rechtsstreits geschah, demjenigen, welcher in diesem obsiegt [54], anderen Falls dem, für welchen sie bedungen worden [55]. Auch die Obrigkeit handelt bei der von ihr angeordneten Sequestration nur in Vertretung des wirklichen Berechtigten [56]. Das Verhältniss ist zwar zunächst immer als Depositum zu denken [57], und mithin dem gemäs und nach seinen besonderen näheren Bestimmungen zu beurtheilen [58]; es kann jedoch auch einen anderen Charakter annehmen, namentlich den des Auftrags, so, wenn eine Verwaltung oder besondere Maasregeln zur Erhaltung nöthig werden [59], daher denn auch ein Grundstück Gegenstand der Sequestration sein kann [60]. Hiermit hält die Möglichkeit der Entstehung von Gegenansprüchen des Sequesters gleichen Schritt [61]. Die Verpflichtung desselben zur Rückgabe tritt nicht eher ein, als bis die Voraussetzung zugetroffen ist, in welcher die Sequestration beliebt wurde [62], wenn nicht anderweite Uebereinkunft der Betheiligten, oder, wenn sie durch richterliche Verfügung angeordnet war, deren Zurücknahme den Grund zum ferneren Behalten der Sache wegfallen lässt. Der Sequester seinerseits ist aber auch genöthigt, die Sache bis dahin zu behalten; indessen kann er allerdings aus triftigen Gründen davon schon früher entbunden werden, diese hat er dem Richter anzuzeigen und dessen weitere Anordnung zu erwarten und zu befolgen, wenn die Betheiligten nicht zu einer Verständigung hierüber nach vorgängiger ihnen geschehener Anzeige vermogt werden können [63]. — Ein Moment von besonderer Wichtigkeit ist bei der Sequestration noch, dass dabei auch der Besitz auf den

[52] Diese (die sog. *Sequ. voluntaria*) ist nach den Stellen der Anm. [49] nothwendig vorausgesetzt.

[53] Fr. 7. §. 2. *Qui satisdare*, fr. 1. §. 37. in f. fr. 5. §. 2. *h. t.* fr. 22. §. 8. *Soluto matrim.* fr. 3. §. 6. *de Liberis exhib.* fr. 21. §. 3. *de Appellat.* c. 5. *Quor. appell. non recip.* c. un. *de Pecun. sequestr. prohib.* Heutzutage gehört das Weitere über diese sog. Sequ. necessaria in den Prozess zu der Lehre vom Arrest, oder von provisorischen Verfügungen.

[54] Fr. 17. pr. *h. t.* (*in solidum unusquisque videtur deposuisse.*) In fr. 9. §. 3. *de Dolo* ist kein reines *sequestrum* anzunehmen.

[55] Auch für diesen Fall wird bei entstehendem Zweifel das gelten, was fr. 17. pr. *d.* von dem in *solidum deposuisse* sagt.

[56] Dies liegt in der Natur des ganzen Sachverhältnisses, und wird auch durch c. 1. X. *de Sequestr.* bestätigt, (*verb. et possess. ei parti postmodum resignarent*, *quae obtineret de proprietate triumphum*,) indessen werden hier über die Gestaltungen der Verhältnisse *in concreto* die partikularen Prozessordnungen das Weitere ergeben.

[57] Dies folgt aus der Verbindung beider in demselben Titel und des ganz gewöhnlichen Ausdrucks *deponere* für die Ueberlieferung zum Behuf der Sequestration. S. übrigens fr. 5. §. 1. fr. 12. §. 2. *h. t.* fr. 9. §. 3. *de Dolo malo.*

[58] S. z. B. c. 6. *Depos.* u. fr. 5. §. 1. *h. t.* (*certo loco reddere.*)

[59] S. z. B. fr. 9. §. 3. *de Dolo.*

[60] C. 1. X. *de Sequestrat.* — Der Sequestration bleibt es wie dem Depositum wesentlich, dass sie unentgeltlich geschehe, durch Lohn oder Honorar geht sie in *locatio cond. operar.* über (vergl. Anm. [59]); da nun heutzutage gerichtlich angeordnete Sequ. selten oder nie ohne ein solches übernommen zu werden pflegen, so folgt von selbst, dass diese Verhältnisse dann gar nicht eigentliche Sequ., sondern nach anderen Grundsätzen zu beurtheilen sind.

[61] Ist m. a. W. die Sequestration als reines Depositum anzusehen, so richtet sich die Entstehung der Gegenansprüche nach diesem, wenn aber als Mandat, oder *locatio cond. op.*, nach den für diese geltenden Regeln.

[62] Fr. 6. *h. t.* (*certa conditione — reddendum.*) c. 5.

[63] Fr. 5. §. 2. *h. t.*

Sequester als übertragen erscheint, doch wird dadurch die Ersitzung gegen Dritte, wenn rücksichtlich dieser etwas darauf ankommt, für den künftig Obsiegenden nicht unterbrochen, oder während der Zeit nicht ausgeschlossen, sondern der Sequester besitzt zu diesem Ende für ihn[64].

§. 113.
Das Mandat.

Das Mandat, oder die Beauftragung, ist der Vertrag, wodurch Einer, der Mandatar, auf Geheiss eines Anderen, des Mandanten, die Ausrichtung einer rechtlich bedeutsamen Handlung unentgeltlich übernimmt[1]. Er ist mit dem gegenseitigen

[64] Fr. 17. §. 1. *h. t.* fr. 39. *de Acquir. poss.* Dies ist einer der von Savigny als abgeleitete bezeichneten Besitzfälle, vergl. §. 42. Anm. [14]. Savigny ist (S. 346 ff.) darüber der Ansicht, dass der Sequ. in der Regel nicht besitze, ausser wenn ihm von den Partheien, um dadurch die Ersitzung zu unterbrechen, ausdrücklich der Besitz übertragen werde. Allein bei dieser dem fr. 39. *d.* entlehnten Unterscheidung scheint übersehen zu sein, dass der juristische Besitz darin für jeden Fall vorausgesetzt ist. Und fr. 17. §. 1. *d.* führt das Nämliche als allgemeine Regel auf, indem hinter *deposita est* freilich nicht, wie Savigny meint, *possessio*, sondern *res* zu denken ist. Dies, an sich ohnehin klar, bestätigen direkt die *Basil.* Lib. XIII. 2. 17. Vgl. auch Pfeiffer was ist u. s. w. der Besitz? Tüb. 1840. S. 88 f. und schon Schol. 2. zu den *Basil. l. l.* Mir scheint dies auch der Zweck der Sequestration zu erfordern, welcher sonst, mittelst des *reddere* von Seiten des Sequester, sich nicht so, wie beabsichtigt ist, erreichen liesse. Einer Sequestration ohne Besitzübertragung geht also ein so wesentliches Stück zu diesem Begriff ab, dass dann ein einfaches Depositum anzunehmen wäre. Die Beziehung dieses Besitzes zur Ersitzung ist nun hier diese. Als Grund, weshalb die streitenden Theile die erste Voraussetzung des fr. 39. *d.* sollten eintreten lassen, d. h. des Vortheils Behufs der Ersitzung gegen künftige dritte Prätendenten sich begeben wollen, lässt sich nicht leicht ein anderer denken, als der, dass beide eine gewisse Sache nicht haben wollen, wozu freilich eine eigenthümliche Gestaltung der Dinge gehört, etwa, um damit verbundenen Nachtheilen zu entgehen, nach denen dann ein Sequester freilich auch kein Verlangen tragen mögte; vielleicht dient der Fall als Beispiel, dass der Eine dem Anderen einen gewissen Gegenstand zahlen, und letzterer ihn nicht nehmen und ersterer nicht länger behalten will und sich nun ein Sequester dazu findet. Alsdann hat es freilich bei der Regel sein Bewenden, dass eine Interruption des Besitzes eingetreten ist. Im anderen, also dem regelmässig zu denkenden Fall, d. h. wenn jene Bestimmung ausdrücklich nicht getroffen worden, verhält es sich mit dem Besitz des Sequesters *ad usucapionem* ebenso wie mit dem des Pfandgläubigers, s. §. 71. Anm. [18], d. h. die Zwischenzeit des Besitzes des Sequesters wird dem künftigen Sieger zu Gute gerechnet. Vergl. oben §. 42. Anm. [13], [14] und Pfeiffer a. a. O. S. 118.

[1] Fr. 2. (*tot.*) *Mandati* (künftig *h. t.* cit.) vergl. §. 17. B. b. 3. z. A. und §. 102. S. 361. 1) wegen der Unentgeltlichkeit vergl. fr. 1. §. 4. fr. 36. §. 1. *h. t.* fr. 13. pr. 22. *de Praescr. verb.* S. aber nachher Nr. 2. im Text. Das lateinische Wort scheint nicht nur, auch in den Zusammensetzungen, sowie die lateinische Bezeichnung der Kontrahenten der Kürze wegen als eigentlich technische vorzuziehen zu sein, sondern auch darum, weil „Auftrag" nicht den Vertrag, sondern seinen Inhalt bedeutet, (*mand.* bedeutet beides, ersteres in der Regel, letzteres z. B. in fr. 22. §. 11. fr. 27. §. 2. fr. 36. *h. t.*) und „Bevollmächtigung" unter Zurückweisung auf „Vollmacht" vorzugsweise an eine schriftliche Urkunde über den Vertrag erinnert. Wo die Begriffe nicht schon bestimmt fertig hervortreten oder wo eine Bezeichnung dieser Art sich geltend macht, werden übrigens die deutschen Ausdrücke gebraucht werden. Ueber die Ableitung des lateinischen Worts *mandare* s. Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 586. a), es ist wahrscheinlich gleich: in die Hände eines Anderen geben, s. jedoch noch *Isidor. Orig.* V. 24. Indessen ist seine technische Bedeutung doch nicht absolut durchgeführt, denn so wird z. B. in fr. 6. §. 5. *h. t.* eine Handlung als *mandare* bezeichnet, von welcher es fraglich ist, ob sie *mandati a.* gewährt, und die, wenn zwar diese nicht als zulässig anerkannt wird, dennoch kein Mandat im eigentlichen Sinn ist; vergl. Anm. [3] und [16].

Einverständniss perfekt [2], und die Ausführung selbst ist die Erfüllung desselben.

I. Zur näheren Feststellung dieses Begriffs dient folgende Erörterung seiner wesentlichen Voraussetzungen. 1. Das Mandat erfordert zunächst ein bestimmtes Ansinnen von der einen Seite, eine Willenserklärung gegen denjenigen, welchem der Auftrag ertheilt wird, und die Bereitwilligkeit des letzteren, dem zu entsprechen; steht dieser in einem solchen Verhältniss zum Anderen, dass ihm die Handlung befohlen werden kann, so ist ein solcher Befehl kein Auftrag [3]. Es muss also der Auftragsertheiler m. a. W. die bestimmte Absicht haben, sich den Anderen zu der auszurichtenden Handlung besonders verbindlich zu machen, und der, welcher den Auftrag übernimmt, die, sich dazu zu verpflichten. Die Uebereinkunft dazu kann, wie jede andere, stillschweigend geschehen; im Besonderen geschieht das dadurch, dass Jemand wissentlich, dass ein Anderer seine Geschäfte führt, dazu schweigt, obwohl er widersprechen könnte [4]. Genehmigung kann zwar dieselben Folgen herbeiführen, welche ein Mandat wider den Mandanten hat [5], (s. §. 18. Bd. I. S. 155. ff.) indessen nimmt dadurch dennoch das Verhältniss zwischen ihm und dem, welcher für ihn ohne Auftrag handelte, nicht den Charakter des Mandats an, sondern wider letzteren besteht das der auftragslosen Geschäftsführung fort [6]. 2. Das allerdings als regelmässig anerkannte Unterscheidungsmerkmal, dass der Mandant den Auftrag unentgeltlich übernommen haben müsse, erleidet folgende bedeutende Modifikationen. Vorerst ist es mit dem Mandat sehr wohl verträglich, wenn nach seiner Ausführung zur Remuneration freiwillig eine Belohnung gegeben wird [7]. Es kann aber, ferner, sogar eine eigentliche Vergeltung, d. i. Bezahlung, mit zum Gegenstand des Vertrags gemacht werden, namentlich bei solchen Verrichtungen, welche zwar weder als eine Dienstmiethe aus einem Lohnvertrag, noch als eine solche Dienstleistung anderer Art, die einen Erwerbszweig bildet, erscheinen (s. §. 119. II.), die aber doch auch in der Regel nicht umsonst geleistet zu werden pflegen; indessen genügt es auch schlechthin, wenn überhaupt eine solche dem Mandatar ausgemacht worden ist [8]. Es verhält sich also mit dem gedachten Unterscheidungsmerkmal als

[2] Fr. 1. pr. §. 1. fr. 22. §. 11. *h. t.* §. 11. *I. eod.* Unwesentlich hierbei ist die Art und Weise und der Gebrauch der Worte, in welchen der Vertrag eingeleitet und zu Stande gekommen ist; das natürlichste wäre: „ich beauftrage dich," es setzt aber schon eine gewisse Beziehung zum Anderen voraus; häufiger daher wohl ist ein Antrag in einer bittweisen Form: ich wünsche, bitte, ersuche dich u. s. w (*rogo*, *volo*, *mando*), auf die Worte kommt hierbei nichts weiter an (*sive alio quocunque verbo*, fr. 1. §. 2. *h. t.*)

[3] Fr. 1. §. 3. *Quod jussu*, doch kommt in den Quellen auch dafür *mandare* vor, s. z. B. fr. 51. pr. *de Aedil. Ed.*

[4] Fr. 6. §. 2. fr. 18. 53. *h. t.* c. 6. *eod.* fr. 60. *de R. J.*; natürlich muss auf Seiten des Anderen die Absicht vorwalten, Ersteren dadurch zu verpflichten, also die der *negotior. gestio* (s. folg. §.), denn sonst ist *donatio* vorhanden, s. die erste Stelle. Die Lehre von dem *mandat. praesumtum* ist in den Prozess zu verweisen. Vergl. *C. G. L. Behmer de Mand. praes.* Giess. 1846.

[5] Fr. 12. in f. *de Solution.* fr. 60. *de R. J.*, das heisst hier, er hafte durch *mandati a.*

[6] Fr. 9. *de Negot. gestis*, c. 9. *ej. tit.* c. 3. *de R. V.*

[7] Fr. 6. pr. *h. t.* über diese Stelle vgl. Glück Komm. Bd. XV. S. 286. Die Worte derselben heissen soviel, als, dass, wenn auch ein Honorar gegeben worden, dennoch der Charakter des Geschäfts als Mandat unverändert bleibe.

[8] Fr. 7. *h. t.* c. 1. *eod.*, wegen des Advokatenhonorars im Besonderen s. fr. 1. §. 10—12. *de Extraord. cognit.* Ueberhaupt aber ist über den obigen und den im Text folgenden Satz dieses zu bemerken. Der Kreis derjenigen Verrichtungen, Geschäfte und Leistungen, welche um dafür zu erwerbender Vergütung und Verdienstes willen für Andere übernommen werden können, war bei den Römern früher ungleich kleiner als später, und namentlich waren ihnen viele als Erwerbszweige lange Zeit ganz fremd. Nur die *operae*, *quae locari solent* (sog. *illiberales*) und *opera* waren in der Form der

solchem so, dass die Beauftragung solcher Verrichtungen, wofür keine Vergeltung ausgemacht ist, und auch ohne Vorherbestimmung eine solche nicht gefordert werden darf, (s. §. 119. II.) immer nur Mandat sein kann, während andererseits demselben die Vorausbestimmung eines Entgelts mit anderen Verträgen gemeinschaftlich ist, und wenn sie geschehen, dem Mandat allerdings auch den Charakter eines

locatio cond. der Gegenstand allgemein gangbarer Geschäfte, also solche, die eine eigentliche mechanische Arbeit und physische Mühwaltung begreifen (s. §. 118. B. a. und b.). Dem Mandat hingegen legte man ein rein moralisches Motiv bei, und fand mit diesem, dem *officium*, den Begriff der *merces* in vollstem Gegensatz, fr. 1. §. 4. *h. t.* Allerdings bestanden aber daneben die Innominatkontrakte mit ihrer eigenthümlichen Wirksamkeit, ohne weitere Rücksicht auf den Inhalt des *dare* oder *facere*, s. fr. 5. §. 2. fr. 15. *de Praescript. verb.* Hierzu kamen nun später mittelst Zulassung einer *extraordinaria cognitio*, so dass damit ein wirkliches obligatorisches Verhältniss anerkannt wurde, gewisse Dienstleistungen, welche nicht Gegenstand der *loc. cond. operar.* sein konnten, weil die danach zu leistenden Dienste von anderer Art waren, als diese voraussetzte, nämlich wissenschaftliche, *studia liberalia*, fr. 1. pr. *de Extraord. cogn.*, oder solche, welche die römische ältere Rechtssitte nicht als Erwerbsquelle, sondern als Leistungen einer gewissen höheren Art betrachtete, wie namentlich die der Advokaten und der Mensoren, fr. 1. pr. *Si mensor.* (*quia non crediderunt veteres etc.*), weshalb der Lohn dafür, Anfangs, als für eine *opera beneficii*, nur *ad remunerandum* und als *honorarium* bezeichnet, später doch einen rechtlichen Charakter annahm, s. fr. 1. §. 10. 12. *de Extraord. cognit.*, so dass dafür auch der Begriff *merces* gangbar wurde, s. z. B. §. 13. *eod.* fr. 1. §. 1. *Si mensor.* Nun war allerdings auch das Honorar beim Mandat vollständig vorbereitet. Zwar ist auch für dieses in fr. 1. §. 10—12. *d.* nur eine *extraord. cogn.* anerkannt, indessen ist dies nur von der Zeit des Formularprozesses zu verstehen, und nachdem die auch noch darauf berechneten fr. 7. (s. auch fr. 56. §. 3.) *h. t.* und c. 1. *eod.* in die Titel *de Mandato* aufgenommen worden, sind die dort genannten Verhältnisse auch als Mandat zu betrachten, und der Schluss ein nothwendiger, dass beim Mandat die Beabredung einer Bezahlung, nenne man sie Honorar, oder Preisbestimmung, zulässig sei. Vgl. auch Mühlenbruch §. 408. I. und vorzüglich *Erxleben de contract. innom.* p. 138. ssq. Ganz irre ist hier Glück Komm. Bd. XV. S. 287 f. Nachdem nun gegenwärtig noch die Innominatkontrakte ihre römische Eigenthümlichkeit anderen Verträgen gegenüber verloren haben, und nicht mehr als eine besondere Art darunter erscheinen, vielmehr in solche Verträge übergegangen sind, denen sie früher nur als analog zu betrachten waren, — nachdem ferner ein wichtiger Grund zur Unterscheidung der verschiedenen Geschäftsarten mit den Klageformeln weggefallen ist, (darauf deuten noch z. B. die Aeusserungen in fr. 6. pr. §. 5. fr. 7. 32. *h. t.* und in den vorher schon in dieser Anm. cit. Stellen) ist das praktische Interesse der Verschiedenheiten eines Theils erloschen, anderen Theils vermindert und Manches in einander verschwommen, darum aber nichts weniger als ganz verschwunden. Es sind hier folgende Hauptpunkte festzuhalten: 1. a, das Mandat unterscheidet sich vor Allem dadurch, und es bleibt ihm stets eigenthümlich, dass es in Ansehung der rechtlichen Folgen eine Stellvertretung des Mandanten begreift; demnächst durch die Möglichkeit, eine Anzahl von Zwecken damit zu erreichen, wozu die anderen Verträge gar nicht brauchbar sind; so namentlich um eigentliche Geschäfte durch einen Anderen zu machen; endlich durch den Umfang der Verpflichtungen, welche die *a. contraria* wider den Mandanten geltend machen kann. b, Die *Locatio cond. operar.* ist durch die nothwendige Voraussetzung der *operae mercenariae* oder *illiberales* und der Bestimmung einer *merces* so ausgezeichnet, dass eine Verwechselung mit den anderen Geschäften nicht wohl möglich ist. c, Zur Dienstleistung gehören die Fälle, welche als regelmässiger Erwerbszweig im Leben erscheinen, ohne dass die Dienste zu denen gerechnet werden können, welche Gegenstand der *l. c. operar.* sind, — nicht minder aber gleich jenen auch diese *operae mercenariae* dann, wenn sie ohne darüber geschlossene *l. c.* geleistet worden sind. 2. Während die *loc. cond. operar.* nothwendig die Bestimmung einer *merces* erfordert, bei der Dienstleistung hingegen sie zwar auch vorkommt, allein nicht nöthig, vielmehr die Forderung der letzteren auch ohne ausdrückliche Beabredung möglich ist, kann beim Mandat

gegenseitigen Vertrags verleiht [9]. Hierdurch ist denn die Möglichkeit eines Zweifels herbeigeführt worden, ob ein gewisses Geschäft zu der zweiten der gedachten Kategorien zu zählen, oder für ein Mandat zu halten sei, indem der Kreis jener durch den in Sitte und Verkehr Statt findenden Wechsel der Ansichten sehr beweglich ist, und namentlich zur Erweiterung fortwährend hinstrebt. So ist z. B. Zweifel darüber sehr wohl denkbar, ob ein Mandat ertheilt, oder Jemand als Mäkler in Anspruch genommen worden ist. Die Gründe zu solchen Zweifeln können jedoch nur von thatsächlicher Natur sein, und die Zweifel selbst nur unter Berück-

ohne eine solche niemals eine Vergeltung gefordert werden. 3. Kommt es nun darauf an, ein konkretes Geschäft der Art, welches hier zu Fragen und Zweifeln Veranlassung geben könnte, bestimmt zu charakterisiren, so ist: a, vorerst möglich, dass der, welcher eine solche Handlung leistet, wofür er Vergütung oder einen Lohn fordern könnte, dem anderen Kontrahenten damit ein Geschenk macht. Dies würde die Sache von vornherein unter einen anderen Gesichtspunkt bringen; wenn hingegen die Schenkung in einem späteren Erlass der Gegenleistung besteht, so würde dieser an der Natur des Geschäfts selbst nichts ändern, soweit nun noch danach die Frage sein sollte. b, Der Frage, ob *loc. cond. operar.* oder Dienstleistung vorliege, mögte es an jedem praktischen Interesse fehlen. c, Dass nun ein Mandat vorhanden sei, würde bei der bestimmten Absicht, vorausgesetzt, dass diese nicht gerade dasjenige will, was das Geschäft nothwendig zur *l. c. operar.* macht, allerdings zunächst zu bejahen sein, indessen können die hierbei üblichen Ausdrücke (Auftrag, Vollmacht u. s. w.) nicht als nothwendig maasgebend betrachtet werden, sondern es kommt vor Allem darauf an, ob eine Vergeltung ausgemacht worden ist, oder nicht. aa, Ist es nicht geschehen, und die Handlung auch nicht von der Art, dass auch ohne Beabredung eine Vergütung gefordert werden kann, (also eine Dienstleistung im technischen Sinn vorhanden) oder ausdrücklich ausgemacht, dass für die Leistung nichts gefordert werden soll, so ist Mandat anzunehmen; es sind also auch *operae illiberales* an sich keineswegs vom Mandat nothwendig ausgeschlossen. bb, Ist aber ein Honorar, oder eine Bezahlung ausgemacht worden, so ist durch thatsächliche Umstände allerdings wohl Zweifel möglich, ob eine Dienstleistung oder ein Mandat anzunehmen sei, so in dem Beispiel des Texts vom Mäkler, wäre indessen ein solcher auch nicht zu lösen, der Fall also nur aus den konkreten Bestimmungen zu entscheiden, so mögte doch nicht leicht eine praktische Verschiedenheit übrig sein. Hierdurch wird sich denn auch der Widerspruch Koch's, das gemeine und preuss. Obl.-R. Bd. III. S. 441 f. erledigen, dass, wenn zwar jetzt Honorar in römischen eigentlichen Mandatsfällen ausgemacht werden könne, dennoch dann immer ein besonderer Vertrag, nicht aber ein zur Klasse der einseitigen Verträge gehöriger, (also ein Mandat) mehr vorhanden sei. Doch muss ich nach dem Vorherigen durchaus leugnen, dass das versprochene Honorar nothwendig dem Mandat seinen Charakter nehme; Koch's Widerspruch beruht mehr auf systematischem Grunde; dass ein solches Mandat kein einseitiger Vertrag mehr sei, ist freilich richtig, allein nach m. E. wird es eben nun einem gegenseitigen Vertrag gleich. Der Streit betrifft zuletzt nur die Bezeichnung des Vertrags. Vergl. noch folg. Anm. Für die hauptsächlichsten Fälle aber, welche zu Fragen Veranlassung geben könnten, die Besorgung eigentlicher Rechtsangelegenheiten, Geschäfte, und im Besonderen zur Führung von Prozessen, sind diese dadurch eledigt, dass für solche der Charakter des Mandats feststeht, fr. 7. *h. t.* c. 1. *eod.*, während andererseits für die Mehrzahl der Dienstleistungen ihrer Natur nach gar nicht in Frage kommen kann, ob sie ein Mandat enthalten. Vergl. §. 118. a. a. O. und Anm. [123] ff. und §. 119. bei und in Anm. [12].

[9] Dies scheint Pfordten, civil. Abhandl. S. 315., zu leugnen; nach R. R. finde hier nur *extraord. cognitio* Statt, mithin sei das Versprechen eines Honorars kein Theil des Mandats, sondern ein selbstständiges; diesen Unterschied übersehe die heutige Praxis wegen geänderter prozessualischer Verhältnisse gewöhnlich. Indessen finde ich doch in fr. 56. §. 3. *h. t.* ein deutliches *arg. e contrario*, wonach mindestens die *a. mandati* zur Auswahl als zulässig zu betrachten sein dürfte, und sodann ist für das heutige Recht offenbar der Fall einem gegenseitigen Vertrag ganz gleich geworden. — Koch a. a. O. S. 442. und 447. erkennt hier niemals Mandat an, s. vor. Anm.

sichtigung der konkreten Umstände gelöst werden. Diejenigen Fälle, welche am meisten dazu Veranlassung geben könnten, sind aber ausdrücklich für Mandatsverhältnisse erklärt, nämlich alle Aufträge zur Vornahme rechtlicher und gerichtlicher Verhandlungen und Geschäfte und zu Handlungen der Rechtsvertretung und Prozessführung. 3. Die Handlung, zu welcher Auftrag soll ertheilt werden können, muss vor Allem eine erlaubte [10], und, wie sich von selbst versteht, eine erst noch geschehen sollende sein [11], widrigen Falls ist das Mandat ungültig. Sie darf ferner nicht blos für den Mandatar ein Interesse haben, sondern muss entweder für den Mandanten, oder für einen Dritten, oder für jenen und diesen, oder für jenen und den Mandatar, oder für diesen und den Dritten gemeinschaftlich sein [12]. Hat Derjenige, an welchen das Geheiss geschieht, allein ein Interesse daran, so ist jenes, weil es völlig zwecklos ist, kein Mandat, sondern ein Rath, oder eine Empfehlung [13]. So wenig der Eine hierdurch zum Handeln genöthigt wird, sondern ihm die freie Erwägung anheim gegeben ist, ob ihm der Rath nütze, oder nicht, hat in der Regel der Andere daraus für die nachtheiligen Folgen einzustehen, wenn der erstere wirklich danach gehandelt hat [14]. Indessen kann er doch nicht nur, wenn er den Rath in arglistiger und betrügerischer Absicht ertheilte, aus dem Dolus für den entstehenden Nachtheil verantwortlich werden [15], sondern auch aus dem Rath und der Empfehlung selbst, wenn er dabei auch interessirt war, oder der Andere ohnedies sich nicht zu der bestimmt angerathenen Handlung verstanden haben würde; hat jener für die Folgen seines Raths oder seiner Empfehlung einzustehen ausdrücklich versprochen, auch etwa nur in der Form, dass er die Ausführung seines Geheisses im Interesse des Anderen auf seine eigene Kosten oder Gefahr verlangt hat, so haftet er aus diesem besonderen Versprechen dafür, welches, in Ermangelung eines anderen charakterisirenden Merkmals, auf eine Schenkung hinauskommen wird [16].

[10] Fr. 6. §. 3. fr. 22. §. 6. *h. t.* §. 7. *I. eod.*; über die Haftung wegen einer unerlaubten Handlung s. §. 102. Anm. [126] und §. 100. vor und in Anm. [14].

[11] Fr. 12. §. 14. *h. t.*, in Bezug auf eine geschehene Handlung ist nur Genehmigung möglich, die allerdings dieselben Folgen hat.

[12] Fr. 2. pr. §. 1. 2. 3. 4. 5. *h. t.* pr. und §. 1—5. *I. h. t.* Diese Stellen enthalten auch Beispiele zu den verschiedenen Modalitäten.

[13] Fr. 2. §. 6. *h. t.*

[14] 1, Rath: fr. 2. pr. in f. *h. t.* pr. *I. h. t.* Unter den Begriff des *consilii* tritt hier alles Zureden, Anpreisen, Drängen und Zumuthen. Denn s. 2, fr. 12. §. 12. *h. t.* fr. 43. pr. *de Contrah. emt.* fr. 2. *de Proxenet.* Die verschiedenen Gradationen sind dabei gleichgültig, es entscheiden nur die nachher im Text folgenden Gesichtspunkte. Vergl. §. 22. Anm. [9] a. E.

[15] Fr. 47. pr. *de R. J.* ebenso, wenn (fr. 10. §. 7. *h. t.*) *non animo procuratoris quis intervenit, sed affectionem amicalem promisit in monendis procuratoribus et in regendis consilio, etc.* S. noch fr. 7. §. 10. fr. 8. *de Dolo.* Wenn von Vielen nach fr. 2. *Quod quisque juris* behauptet wird, (Gesterding, Irrthümer, S. 199. hält dies sogar für ausser Streit), dass solche Personen, die vermöge ihres Amts, oder als Sachverständige zur Ertheilung eines Raths verpflichtet sind, deshalb schon aus *culpa* verantwortlich werden, so ist das ohne allen Grund. Etwas Anderes wäre es, wenn Jemand sich für einen Sachverständigen ausgiebt, der es nicht ist, und einen Rath ertheilt, das ist nämlich immer *dolus;* vergl. auch Glück Komm. Bd. XV. S. 367. und die dort Gen.

[16] Ueber die unter Umständen (ausser dem *dolus*) eintretende Verantwortlichkeit aus dem Rath und der ihm gleichstehenden Empfehlung herrscht in Betracht der fr. 2. §. 6. und fr. 6. §. 5. *h. t.* (mit beiden stimmt §. 6. *I. de Mandato* fast ganz überein) eine äusserst verwickelte Kontroverse. Es würde ohne Noth zu vielen Raum hinwegnehmen, wenn berichtet werden sollte, in welchen Punkten die Neueren — denn die Ansichten der Aelteren sind von diesen theils beseitigt, theils aufgenommen und verarbeitet, s. besonders den ersten und vierten der nachher Gen. — namentlich: Thibaut Vers. Bd. I. S. 116 ff. Schömann Handb. Bd. II. S. 222 ff. Gesterding Irrthümer S. 200 ff. Neustetel im Archiv Bd. II. S. 48 ff.

Einen ganz eigenthümlichen Charakter nimmt ein Geheiss der Art dann an, wenn Einer dem Anderen aufträgt, einem Dritten zu kreditiren, oder für diesen gegen

Hepp ebendas. Bd. XI. S. 42 ff. und Seuffert das. S. 372. [33], unter einander im Einzelnen dissentiren, und ihre Gründe für und wider sämmtlich zu erörtern. In der That bedarf es nur der Hervorhebung folgender Hauptpunkte: 1. zu allererst ist Streit darüber, ob die zweite Stelle überhaupt vom Rath verstanden und darauf angewendet werden könne? Mit Ausnahme des zweiten behaupten nämlich alle Genannte, dass zwischen *mand. tua gratia* und *consilium* ein Unterschied sei, nur auf ersteres beziehe sich jene Stelle; die Ausnahme verstosse ja sonst gegen die Regel des fr. 47. *de R. J.*; die Verbindung und der Vergleich beider Stellen mit einander ergebe nicht als Resultat, dass der Rath unter Umständen gleiche Folgen mit dem Mandat habe, sondern dass letzteres eben deshalb von jenem verschieden sein könne. Während nun Thibaut wenigstens eine analoge Anwendung der zweiten Stelle auf die Frage vom Rath gestattet, und ihm Hepp (S. 44.) darin beitritt, leugnen die übrigen Genannten auch diese. — Einen Unterschied zwischen *mand. tua gr.* und *consilium* muss ich gänzlich bestreiten; denn wenn fr. 2. §. 6. *d.* (und §. 6. *I. d.*) sagt: *cujus generis mand. magis consilium est*, *quam mand.*, *et ob id non obligatorium*, *etc.* (die Basil. Lib. XIV. tit. 1. §. 2. in f. lassen auch das *magis* weg,) so weiss ich nicht, wie man alles, was von *mand. tua gr.* gesagt ist, nicht vom Rath verstehen will; es ist dabei gar nicht von einer Beziehung und Anwendung die Rede, sondern jene beiden Begriffe sind identisch. (S. auch schon Schömann S. 222.) Ich gehe also hier weiter als Hepp, der allerdings auf demselben Weg sich befindet, indessen sich mit der Gleichheit der Wirksamkeit und Folgen begnügt. Ich gestehe, dass ich nicht einzusehen vermag, wie überhaupt hier ein zwiefaches Verhältniss entstehen und worin der Unterschied beruhen könne. Dies wird recht einleuchtend, wenn man Gesterding's (S. 206 ff.) Bestrebungen vergleicht, denselben aus Beispielen klar zu machen, die natürlich alle verunglücken mussten. Wenn ferner Neustetel a. a. O. S. 50. zum *mand. tua gr.* nach fr. 6. §. 5. *d.* die beiden Momente erfordert, einmal den vertragsmässig erklärten und acceptirten Willen des Mandanten, sich zu obligiren, und dann, dass ohne das Mandat der Bevollmächtigte nicht gehandelt haben würde, — das erstere aber von dem Versprechen des Schadensersatzes sorgfältig unterschieden wissen will, so fragt man doch mit vollem Recht, was denn nun hier von Seiten des Mandatars eigentlich acceptirt sein solle, und wozu sich der Mandant verbindlich mache? Wenn ferner ders. S. 51. die Frage, ob in einem Einzelfall *mand. tua gr.* oder Rath ertheilt sei, als *facti* und nicht *juris* bezeichnet, und für ersteres die römischen Worte *rogo*, *volo*, *mando*, *moneo etc.* anführt, — so muss zwar, wieder unter Bezug auf die genannten beiden Stellen, auch schon für das R. R. die Möglichkeit einer Unterscheidung verneint werden, da ja gerade das Hauptwort, *mandatum* hier nichts Anderes als ein *consilium* sein (nicht blos mit ihm verglichen werden) soll, (s. noch §. 6. *I. eod. v. hortatus*, vergl. auch Hepp S. 43 f.) für unsere heutigen Formen im Rechtsverkehr aber kann von derselben gar nicht die Rede sein. Zum Ueberfluss bemerke ich daher nur noch, dass auch der Begriff Auftrag, wenn er hierbei gebraucht worden, natürlich nichts ändert. 2. Zwischen Denen, welche fr. 6. §. 5. *h. t.* auch auf den Rath beziehen, ist wieder Streit darüber, was dazu gehöre, um diesen als obligirend danach erscheinen zu lassen? Rücksichtlich des ersten darin enthaltenen Falls: *nisi mea quoque interfuit*, ist kein Streit, hierin liegen die Elemente eines wirklichen Mandats versteckt, obwohl dieses nur in der Form des Raths hervortritt; bezüglich der folgenden aber: *aut si non esses facturus*, *nisi ego mandassem*, behauptet Thibaut, dass der Rathertheiler sich für die Folgen einzustehen anheischig gemacht, und der Rath oder die Empfehlung den Hauptbeweggrund zum Handeln müsse gegeben haben. Schömann a. a. O. hält dagegen die gedachte blosse Garantie für ausreichend, um darauf hin Ersatz zu fordern, wenn der Betheiligte auch ohne Rath gehandelt haben würde. Derselben Meinung ist Gesterding a. a. O. S. 200 ff. und sodann auch Hepp, S. 45., der einen Zweifel daran sogar nicht einmal für möglich hält. Thibaut erachtet also aus dem Versprechen, für das Risiko einzustehen, allein eine Obligation keineswegs für begründet, sobald der Berathene ohne den Rath doch würde gehandelt haben. Er raisonnirt hier (s. Braun's Erört. S. 781.) so: „da in dem Mandat an sich das Versprechen liegt,

einen Vierten gut zu sagen; hierin liegt zugleich die Zusage des Mandanten, den Mandatar wegen der Folgen schadlos zu stellen, und so ist dieser Kreditauftrag

dass der Mandant für dessen Folgen hafte, dennoch aber das *mand. tua gr.* denselben nicht verpflichtet, und der Rath diesem gleichsteht, so folgt, dass der Rathende aus der blossen Uebernahme der Gefahr nicht verpflichtet wird, denn er würde nur etwas ausdrücklich versprechen, was sich stillschweigend ohnehin von selbst versteht, hier aber wegen Wirkungslosigkeit des Mandats ebenfalls erfolglos sein muss." (Vergl. dagegen schon Hepp S. 49 f.) Dies ist aber eine *petitio principii.* Das *mand. tua gratia* geht in seinem Hauptinhalt, dem Zweck und dem Interesse an der Ausrichtung des Auftrags, über das Mandat im eigentlichen Sinn hinaus; während bei diesem der Ausfall und die Wirkung auf das Vermögen des Mandanten den Mandatar weiter nicht interessirt, auf das Vermögen des letzteren aber eine solche Wirkung gar nicht beabsichtigt ist, und nur die zufällige nachtheilige durch die *a. contraria* geschützt wird, ist es dort umgekehrt, indem der ganze Ausfall der mandirten Handlung auf ihn allein wirkt. Dass in der Natur des Mandats *tua gr.* auch die Verantwortlichkeit dafür schon allemal mit enthalten sei, folgt daraus nicht von selbst, dies würde erst zu beweisen gewesen sein; es ist aber unerweislich. Ist also ein besonderes Versprechen der Art erforderlich, um die fragliche Verpflichtung überhaupt herzustellen, so folgt auch andererseits, dass ein solches an sich, gleich jedem anderen Vertrag, bindend sein muss. (Ich brauche wohl nicht zu bemerken, dass die Acceptation hierbei als nothwendig vorausgesetzt sich von selbst versteht, worüber Manche viel Worte machen, s. z. B. Neustetel S. 50. s. noch nachher.) Nun handelt es sich aber nicht mehr um die Haftung aus einem Rath für den durch seine Befolgung entstandenen Nachtheil, sondern um die aus dem Versprechen der Schadloshaltung für diesen Fall. Die Bündigkeit eines solchen Versprechens folgt zwar schon aus allgemeinen Grundsätzen, s. aber auch fr. 1. §. 14. *Depositi*, fr. 16. (*sua impensa*) 32. *h. t.* Die Acceptation wird hier häufig stillschweigend durch unmittelbares Vorschreiten zum Handeln, namentlich bei der Form eines Geheisses („thu' das, — auf meine Gefahr — ich stehe für Alles," u. s. w.) als geschehen anzunehmen sein. Ob der Handelnde ohne den Rath und das Versprechen doch so gehandelt haben würde, ist gleichgültig, indem ihm nunmehr das Versprechen für sich allein den Anspruch sichert. (Vergl. Hepp S. 45 f.) Die *caussa* dieses Versprechens ist der Rath, das Zureden oder die Empfehlung, in Verbindung damit, dass so, wie angerathen oder geheissen worden, gehandelt ist; indessen bietet das Sachverhältniss auch immer die Seite dar, dass der Rathertheiler unter einer Bedingung schenkt, wobei die eigenthümlichen Beschränkungen der Schenkung Platz ergreifen würden. 3. Der letzte Hauptpunkt ist die zweite der Alternativen des fr. 6. §. 5. *d. aut si non esses facturus, nisi ego mandassem*, (vergl. §. 6. *I. de Mandato*). Vorauszusetzen ist hier, dass die Handlung ganz bestimmt vorgezeichnet worden (s. §. 6. *d.*). Dass, wie die Stelle allerdings sehr klar zu sagen scheint, dann wirklich eine Haftung aus dem Rath eintrete, also wenn er Motiv zum Handeln geworden, behaupteten schon Aeltere, so *Cocceji Jus controvers.* Lib. XVII. tit. 1. qu. 8. und *Vinnius Comm. ad Instit.* III. 27. §. 6., dagegen bestritt es Thibaut a. a. O. ausdrücklich, oder er will es doch nur auf das von ihm, wie schon gedacht, vom Rath unterschiedene *mandat. tua gr.* angewendet wissen; noch mehr Gesterding a. a. O. S. 207. und Neustetel. Wenn nun aber zwischen diesen beiden Begriffen keine Verschiedenheit vorwaltet, sondern sie für identische zu halten sind, so folgt von selbst, dass die Ansicht der Aelteren hierüber in der That die richtige sein muss. Dieselbe vertheidigt wieder Hepp a. a. O. S. 47 ff., nur dass er die eben gedachte Verschiedenheit auch noch festhält, (S. 44.) jedoch eine analoge Beziehung des fr. 6. §. 5. *d.* auf den Rath und die Empfehlung, wie schon erwähnt, statuirt. In der That scheint also eine eigentliche Meinungsverschiedenheit darüber, dass derjenige dem Anderen für Nachtheil hafte, wer ihn zu einer Handlung in seinem Interesse bestimmt hat, nicht vorhanden zu sein, nur dass alle Genannte, ausgenommen Schömann, dies für Mandat halten, neben welchem sie noch den Rath als einen Bestimmungsgrund besonderer Art unterscheiden, während ich in jenem nur diesen als wirksam, und ausser ihm ein Mandat nicht anerkennen kann. Die Voraussetzung muss freilich feststehen, *si non esses etc.*, und wird dann als eine innerliche Thätigkeit allerdings im Leugnungsfall nicht

(Mandatum qualificatum) eine der Formen der Intercession[17], worüber das Weitere im letzten §. dieses Buchs folgt. — Der Inhalt der Handlungen endlich, welche Gegenstand eines Mandats werden, kann von der mannigfaltigsten Art sein; also nicht nur der Vermögensverwaltung angehörige, der Abschluss von Geschäften, namentlich zum Erwerb von Rechten, oder zur Begründung von Verpflichtungen, und zur Veräusserung von Rechten[18], sondern auch solche Arbeiten und mechanische Leistungen, die sonst Gegenstand der Dienstmiethe oder der Verdingung[19], und solche künstlerische und wissenschaftliche Leistungen, welche sonst Inhalt der Dienstleistungen gegen Honorar zu sein pflegen[20]. Denn diese Möglichkeit schliesst sie vom Mandat nicht aus, nur muss freilich die Absicht der Kontrahenten dahin gerichtet sein, wirklich ein Mandat, und nicht einen von jenen anderen Verträgen einzugehen. Regel ist, dass jede geschäftsmässige oder rechtlich bedeutsame Handlung einem Anderen zu verrichten aufgetragen werden kann, nur wenige, darunter namentlich dem Familienrecht angehörige und die Errichtung letztwilliger Verfügungen, sind dergestalt ausgenommen, dass sie sich nur in Person vornehmen lassen[21]; es wird dessen weiter da gedacht werden, wo von diesen besonders gehandelt wird. Sodann versteht sich, dass dem Mandatar nicht zum Abschluss eines Vertrags mit dem Mandanten selbst[22], oder zur Entrichtung einer Leistung an sich selbst, oder zur Empfangnahme einer solchen von ihm selbst Auftrag ertheilt werden kann[23]. Ob ein Geschäft anderer, und namentlich der bezweckten, Art unmittelbar darin enthalten sei, ist aus den Umständen zu entnehmen[24]. — Endlich ist zu bemerken, dass das Mandat je nach der Eigenthümlichkeit mancher aufgetragener Handlungen und Verrichtungen einen besonderen Charakter annimmt, so dass es in

leicht anders als durch den Eid zu beweisen sein. — Der vorstehend vertheidigten Meinung am nächsten kommt Unterholzner a. a. O. S. 590 f., indem er jedoch ausser der Bestimmung des Berathenen zum Handeln noch die Absicht des Rathertheilers, für die Folgen einzustehen, erfordert. Da er dies nicht näher zu beweisen versucht, so muss ich es auf sich beruhen lassen. — Es ist hier endlich noch zu bemerken, dass das römische *mand. actionum*, als *tua gratia* zum Behuf des Geltendmachens der Forderungen des Mandanten, welches früher die Cession vertrat, oder auch in solchen Fällen als regelmässig erfordert wurde, in denen späterhin der Uebergang der Klagen ohne Weiteres als eingetreten betrachtet wird, (s. z. B. fr. 24. pr. *de Minor.* fr. 3. §. 5. *de In rem verso*, fr. 8. §. 19. in f. *h. t.* fr. 76. *de Solution.* u. s. w.) jetzt als solches ganz ausser Betracht und unter den Gesichtspunkt der Cession tritt, so dass daher die weiteren Regeln zu entnehmen sind; s. §. 102. Anm. [137]. — Den Empfehlungen unter Kaufleuten ist öfters eine besonders bindende Kraft beigelegt worden, aber ohne genügenden Grund, s. Glück a. a. O. S. 370.

17 Fr. 6. §. 4. fr. 12. §. 13. 14. fr. 28. 59. §. 4. 5. fr. 60. pr. §. 1. *h. t.* c. 7. *h. t.* fr. 13. 24. *de Fidejuss.* c. 19. 22. *eod.* Der *mandans* heisst hier in den Quellen regelmässig *mandator*, doch nicht ausschliesslich; daher denn hier auch der Ausdruck *mandatorio nomine intercedere* gebräuchlich ist.

18 S. §. 102. I. A. 1. 1, und 2. 1, und die dazu gehörigen Anmm.

19 S. z. B. §. ult. *I. de Mandato.*

20 Dies folgt aus dem Vorherigen von selbst; s. bes. Anm. [8].

21 S. §. 17. Anm. [52] und [53]; s. auch noch §. 90. z. A. bei Anm. [1].

22 C. un. *Si servus extero etc.* (*v. quoniam qui mandat etc.*) Wenn der Mandatar nur Mitbetheiligter daran ist, worüber das mandirte Geschäft abgeschlossen werden soll, z. B. Miteigenthümer einer zu kaufenden Sache, so ist zwar das Mandat zulässig, indessen rücksichtlich des eigenen Antheils, *etsi mandati agendum esset*, *eadem praestanda*, *quae praestarentur*, *si ex emto ageretur;* s. fr. 22. §. 4. fr. 34. §. 1. fr. 35. 36. pr. §. 1. *h. t.*

23 Dies bedarf, so wenig wie der vorige Satz, einer weiteren Bestätigung.

24 Fr. 10. §. 4. *h. t.*

der Form bestimmter anderer Verträge erscheint, die im System ihre besondere Stelle finden[25].

4. Rücksichtlich der Bezeichnung der zu verrichtenden Handlung im Mandat ist Folgendes zu bemerken. Als Regel ist zu denken, dass dieselbe bestimmt benannt und vorgezeichnet sei; indessen ist es hinreichend, wenn sie nur ihrer allgemeinen Natur, ihrem Gegenstand und ihrem Zweck nach bestimmt, und darin dem Mandatar ein sicher begrenzter Kreis übrigens freier Bewegung, namentlich in der Wahl der Mittel, gezogen ist. Denn es können Umstände mancher Art die bestimmtere Anweisung unmöglich machen. So z. B. kann bei dem Auftrag, einen Gegenstand zu kaufen, der Preis unbestimmt geblieben, und entweder von Umständen abhängig gemacht, oder dem billigen Ermessen (s. §. 83. S. 30.) anheimgegeben sein; so ferner kann bei dem Auftrag, Jemandem eine gewisse Geldsumme zu verschaffen, sowohl das Mittel dazu, z. B. durch Gutsagen für ihn, durch Selbstvorstrecken eines Darlehns u. s. w., unbestimmt geblieben, als auch dem Mandatar, selbst wenn ein solches namhaft gemacht worden, gestattet sein, beliebig ein zusagendes anderes zu wählen. (S. nachher Nr. II. 1.) Wenn freilich die Unbestimmtheit des Mandats die erstgedachten, dasselbe individuell charakterisirenden, Momente beträfe, so könnte nicht mehr von Mandat die Rede sein. Man spricht hiernach von einem bestimmten und einem unbestimmten Mandat[26]. Von einer anderen

[25] So: das Verhältniss des *institor* und *magister navis*, s. §. 102. S. 362. und 370. der Trödelkontrakt, s. §. 117. der Kommissionshandel, der aber dem Handelsrecht zu überweisen ist; die Elemente des Mandats treten jedoch hier nicht mehr besonders weiter hervor. Mühlenbruch §. 431 ff. rechnet hierher auch noch manche andere Obl., so die Verpflichtung aus einem übernommenen *suffragium*, der Vermessung von Ländereien und dem *receptum arbitri*, wozu ich jedoch keine Veranlassung sehe. — Das Ausführlichere über die Prozessvollmachten endlich ist ganz in das Prozessrecht zu verweisen; hier können nur die Grundzüge, die freilich jenen auch gemeinschaftlich sind, gesucht werden, nur gelegentlich kommt Einzelnes wegen der Verbindung damit und der Gegensätze zur Sprache, s. bes. Anm. [51] und Anm. [27].

[26] Mit den obigen Gegensätzen verhält es sich so. 1. In fr. 46. *h. t.* sind *mand. certum* und *incertum* einander entgegengesetzt. Glück a. a. O. S. 277. versteht mit Pothier diese Verschiedenheit nach dem weiteren Inhalt der Stelle davon, „ob ein Geschäft nur auf eine gewisse Art den beabsichtigten Erfolg haben kann, oder ob dieser auf mehrerlei Weise durch die Besorgung des aufgetragenen Geschäfts (?) zu erreichen ist, dort dürfe der Mandatar nicht von der Vorschrift abweichen, hier aber der Auftrag auch *per aequipollens* erfüllt werden.“ Ein Beispiel dazu ergebe fr. 62. §. 1. *h. t.* Diese Auffassung ist schwankend und zweideutig, in jedem Fall aber unrichtig. Die nähere Erörterung des fr. 46. *d.* ergiebt als ganz klar, einmal, dass ein *mandatum plurium caussarum mandati*, zwischen welchen die Auswahl zusteht (*Stichum dare vel centum*, diese Alternative ist nach dem Beispiel des Eingangs der Stelle unerlässlich zu denken, indem die Kumulation nothwendig die allseitige Erfüllung erfordern würde,) ein *incertum* sei, sodann dasjenige, *licet aliis praestationibus exsoluta sit caussa mandati, quam quae ipso mandato inerant, si tamen hoc mandatori expedierit;* hierzu giebt fr. 62. §. 1. *d.* ein Beispiel an die Hand; der Gegensatz, also *certum mandatum*, tritt *per arg. e contrario* danach dann ein, wenn nur *una caussa* vorhanden und nur *una* (also *certa*) *praestatio* möglich ist (*Stichum dare*). Nicht also die Art und Weise, ein hier ohnehin ganz unsicherer Begriff, „wie ein Geschäft den beabsichtigten Erfolg haben kann,“ giebt den Ausschlag, sondern der Inhalt des Auftrags selbst, d. h. was danach geschehen soll und darf, um die Aufgabe des Mandats als erfüllt erscheinen zu lassen, und was mithin wirklich als aufgetragen erscheint, wenn dies auch nicht ausdrücklich geschehen ist; es ist m. a. W. in dem *mand. certum* und *incertum* der Gegensatz einer bestimmten und unbestimmten Anweisung in Betreff des Inhalts des Auftrags selbst enthalten, dessen Gegenstand freilich seiner Natur und seinem Zweck nach immer und nothwendig soweit bestimmt sein muss,

Seite her, welche jedoch die vorige zum Theil deckt, kommt die zu verrichtende Handlung in dem Gegensatz des speziellen und generellen Mandats in Betracht. Ist sie nämlich dergestalt aufgetragen, dass das im Einzelnen bezeichnet und benannt worden, was geschehen soll, so ist das ein Spezialmandat; ob dabei eine oder mehrere in nothwendiger oder zufälliger Verbindung solchergestalt aufgetragen worden sind, ist einerlei, nur würde man dann richtiger von mehreren ertheilten Spezialmandaten sprechen. Ist aber ein Auftrag im Allgemeinen in Bezug auf einen gewissen Kreis von Geschäften und Verwaltungsangelegenheiten, also ohne solche nähere, wie die gedachte Bezeichnung einzelner ertheilt, so ist das ein Generalmandat; unter diesen zeichnet sich wieder dasjenige aus, welches zur Administration eines ganzen Vermögens ertheilt worden ist, wonach man dann noch ein Universalmandat zu unterscheiden pflegt[27]. Die Verschiedenheit dieser Art und Weise der

dass er in seiner Individualität kenntlich ist; denn beträfe die Unbestimmtheit diesen, so könnte vom Mandat nach den Grundsätzen des §. 83. 4, nicht die Rede sein. — Hiernach ist also ein *mand. certum* dasjenige, welches in jeder Hinsicht die möglichste Bestimmtheit enthält, so dass der Natur seines Zwecks und Gegenstands gemäs eine unbestimmte Anweisung gar nicht denkbar ist. Nicht sowohl nun dieses, als das unbestimmte Mandat ist von doktrinellem Interesse, nämlich in sofern als die Unbestimmtheit der Anweisung nicht in eine Unbestimmtheit des Inhalts des Auftrags selbst ausarten darf (vergl. z. B. fr. 48. §. 2. *h. t.*). Die äussersten Grenzen dieses Unbestimmten sind zugleich die *fines mandati*, *quos mandatarius excedere non debet*, bis zu welchen also das Mandat reicht, weshalb angemessener hiervon überhaupt nachher bei II. 1. im Text gehandelt wird. Die im Text gedachten Beispiele kommen vor in fr. 46. und fr. 3. §. 1. *h. t.* Das letztere ist natürlich mit der näheren Voraussetzung zu verstehen, dass sich der Preis nach irgend einem gegebenen anderen Maasstab bestimmen lasse. 2. Ein Mandat, welches alle Geschäfte des Mandanten umfasst, oder wenigstens alle von einer gewissen Gattung, heisst *generale*, s. z. B. fr. 25. §. 1. *de Minor.*: *mand. de universis negotiis gerendis;* es ist darin übrigens auch eine Beziehung auf den Inhalt des Mandats in sofern enthalten, als dasselbe nur allgemein gefasst ist, (resp. sein kann) d. h. ohne die einzelnen besonderen Geschäfte zu erwähnen, s. z. B. fr. 58. *de Procurator.*: *libera administratio rerum.* Für die aufgetragene Verwaltung eines ganzen Vermögens kommen im R. R. die Ausdrücke: *procurator totorum* oder *omnium bonorum* vor, fr. 1. §. 1. fr. 63. *eod. Speciale mandatum* hingegen ist (s. die erstere Stelle und fr. 27. *eod.*), *quod nominatim mandatum est*, z. B. *ut restitutio postuletur*, oder *transactio decidendi caussa*, oder *alienatio rerum*, s. fr. 60. 63. *de Procurator.* In fr. 1. §. 1. *eod.* wird dem *procur. omn. bonor.* der *unius rei* entgegengesetzt. Die Unterscheidung beider Arten von Mandaten ist vorzüglich in sofern wichtig, als zu vielen Handlungen ein Spezialmandat erfordert wird, s. hierüber überhaupt die folg. Anm. 3. Vergleicht man beide Arten von Eintheilungen mit einander, so kann das *generale* mit keiner der übrigen verwechselt werden, obwohl es zum grossen Theil *incertum* sein wird, nur ist das *incertum* nicht nothwendig als *generale* zu denken (s. fr. 62. §. 1. *h. t. v. mando*, *ut fidem dicas pro Publio etc.*). Das *certum* und das *speciale* treffen zwar in sofern zusammen, als das erstere immer zugleich auch dieses ist, nicht aber umgekehrt dieses immer ein *certum.* Dass das *certum* und zugleich *speciale* die Regel ausmachen, versteht sich von selbst, und beweist die grosse Mehrzahl von Beispielen in den Quellen, s. z. B. nur fr. 5. *h. t.* Beide Eintheilungen haben allerdings ihre Hauptbedeutung für die Wirksamkeit des Mandats, und in sofern kann es scheinen, dass sie mehr zu der im Text folgenden Nr. II. gehören, indessen beziehen sie sich doch zunächst auch auf den Inhalt des Mandats, die Möglichkeit der Beauftragung überhaupt, und in sofern musste ihrer hier gedacht werden.

[27] Darüber, was nur vermöge Spezialmandats mit bindendem Erfolg geschehen kann, und wozu auch ein nur generelles Mandat unter gewissen Umständen ausreicht, herrscht eine sehr mannigfaltige Meinungsverschiedenheit. Sehr verbreitet ist die Ansicht, dass, wenn ein Mandat eine sog. Klausel *cum libera*, *sc. potestate agendi* oder *administratione negotiorum* enthalte, der Mandatar danach alle Handlungen vorzunehmen befugt sei, die sonst ein

Beauftragung ist in sofern besonders wichtig, als die Ermächtigung zu einer Anzahl der wichtigsten Handlungen, namentlich zur Veräusserung irgend eines Vermögensbestandtheils des Mandanten im weitesten Sinn, oder zur Aufgebung eines Rechts oder Anspruchs in irgend einer Form, also auch in der eines Vergleichs, oder der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, um sie auf eine den Mandanten bindende Weise vorzunehmen, regelmässig eines Spezialmandats bedarf. Zu umfassenderen Aufträgen findet sich daher meist ein Generalmandat mit mannigfaltigen Spezialmandaten gemischt. Indessen begreift doch ein Universalmandat, da es die Verwaltung eines ganzen Vermögens betrifft, auch von solchen Handlungen diejenigen in sich, welche eben der Verwaltung nothwendig angehören, und ohne welche diese sich nach der Absicht und dem Willen des Mandanten selbst nicht ohne Nachtheil

m. speciale erfordern. Man stützt sie auf fr. 58. *de Procurat.* und fr. 9. §. 4. *de A. R. D.* und demnächst auf c. (5. pr.) 4. in 6to *de Procurat.* und *Clem.* 2. *eod.*, und findet diese Klausel in der Form: „dass der Mandatar Alles das zu thun Macht haben solle, was der Mandant, wäre er gegenwärtig, selbst verrichten würde, könnte, oder sollte," oder schlechthin: „unumschränkte" Vollmacht, „freie Macht und Gewalt" und dergl. oder auch so, dass einzelne spezielle Handlungen genannt und hinzugefügt worden, (*clausula generalis*) „dass der Mandatar auch andere ähnliche solle vornehmen dürfen." Vergl. Glück Komm. Bd. V. S. 291. Schmid Handb. des Proz. Bd. I. S. 269 f. Ungeachtet nun in dem cit. cap. 4. in 6to allerdings diese Vorschrift ganz unzweideutig ausgesprochen ist, so leugnet dennoch Glück S. 293. mit bewährten Praktikern des vorigen Jahrhunderts, dass der Gerichtsbrauch diese Klausel passiren lasse. Neuere angesehene Prozesslehrer halten aber demungeachtet am kanon. Recht fest, z. B. Linde Proz. §. 133.[6] und Bayer Vortr. S. 211. (7. Ausg.). Eine ausführliche Erörterung der Frage findet sich bei Quistorp Beitr. u. s. w. S. 427., welche, wie diese Frage ihrer Wichtigkeit wegen überhaupt, weitere Berücksichtigung erfordert. Eigentlich nämlich existiren fünf Meinungen: 1) die erste geht, wie gedacht, dahin, dass der Unterschied des *mand. cum* und *sine libera* von grosser Wichtigkeit sei; jenem legen die Anhänger dieser Meinung die Macht eines Spezialmandats bei, wenn die fragliche Handlung nicht nur nothwendig, sondern auch, wenn sie nur nützlich sei, (unter Bezug auf fr. 58. *de Procur.* und fr. 9. §. 4. *de A. R. D.* cap. 4. in 6to *d.*) doch nehmen sie Schenkungen aus, und räumen nach fr. 63. *de Procur.* dem *mand. sine libera* wenigstens die Veräusserungsbefugniss der *fructus* und *aliar. rerum*, *quae facile corrumpi possunt*, ein. 2) Andere beschränken das *m. cum libera* auf die Befugniss, solche Geschäfte zu Stande zu bringen, die sonst ein *m. speciale* erfordern. Dritte wollen die Umstände des Einzelfalls mit in Betracht gezogen wissen, und besonders die danach zu beurtheilende vermuthliche Einwilligung des Mandanten. 4) Vierte leugnen den Unterschied in *mandatis judicialibus*, und 5) endlich wird er von Vielen, wie gedacht, völlig in Abrede gestellt. Diese verstehen dann fr. 58. *de Procur.* und fr. 9. §. 4. *de A. R. D.* in Verbindung mit fr. 63. *de Procur.* davon, dass sich die Veräusserungsbefugniss nur auf *fructus* und sonst leicht dem Verderben ausgesetzte Sachen beziehe, übrigens sei trotz dem *mand. cum libera* ein *mand. speciale* zu den Handlungen, die es sonst erfordern, nöthig. — Mit vollem Recht bemerkt nun allerdings Quistorp a. a. O. S. 432 ff., dass die römischen Stellen, worauf man sich hierbei bezieht, gar nicht davon reden, was man nachmals und jetzt unter *mand. cum libera* verstanden hat, sondern von einer *libera rerum* oder *negotior. administratio.* Wer diese aufgetragen erhalten habe, meint er weiter, habe nach den genannten Stellen sowohl, wie nach anderen, namentlich fr. 17. §. 3. *de Jurejur.* fr. 20. §. 1. *de Novation.* fr. 87. *de Solution.*, die Befugniss, alle diejenigen Geschäfte Namens seines Mandanten verrichten zu können, welche sonst ein *mand. speciale* erfordern; die Hauptfrage bleibe nur, wer eigentlich für einen solchen Mandanten zu halten sei? Diese beantwortet er dahin, dass namentlich die Verweser ganzer Kommunen, Vormünder und Kuratoren und Syndici hierunter zu verstehen seien, ingleichen bestellte Verwalter eines ganzen Vermögens, oder einer gesammten Handlung, eines Gewerbes, ohne dass der Mandant sich nähere Rechte und Einschränkungen vorbehalten habe. Im Besonderen können daher die Stellen, welche von

für ihn führen lässt. Denn er ist es, welcher dem Mandatar die Grenze seiner Thätigkeit zieht, und dass diese soweit reiche, folgt in Ermangelung einer bestimmten und beziehungsweise beschränkenden Erklärung aus dem, was vom unbestimmten Mandat gesagt worden, und aus den Umständen, welche die Schlüsse auf den Umfang des Willens bei Ertheilung eines solchen Mandats begründen und bestimmen. Und ganz dasselbe muss, wenn auch in engeren Grenzen von einem Generalmandat von minderer Ausdehnung der aufgetragenen Handlungen gelten. Als ein solches besonders häufiges und eigenthümlich wichtiges erscheint der (übrigens dem Prozessrecht angehörige) Auftrag zur Prozessführung für Prokuratoren, indem er nothwendig viele verschiedene Handlungen umfasst, ohne welche sich ein Prozess nicht denken lässt, andererseits aber hierbei so folgenreiche Handlungen vorkommen

einer solchen *administratio rerum* sprechen, nicht auf diejenigen Mandatare angewendet werden, denen nur ein einzelnes Geschäft aufgetragen worden, wenn auch in der Form eines *mandati cum libera*. In sofern nun der Grundsatz, dass zu allen erheblichen Geschäften eine Spezialvollmacht erforderlich sei, sich in der Vermuthung gründe, dass der Mandant vielleicht nicht einwilligen werde, könne derselbe füglich dann keine Anwendung finden, wenn das Gegentheil feststehe, oder doch zu vermuthen sei. Dahin gehöre besonders, wenn dem Mandatar entweder zu einem solchen Geschäft, das eine Spezialvollmacht erfordere, unumschränkte Macht gegeben, oder in der Vollmacht mehrere solche Handlungen, die ein *m. spec.* erfordern, erwähnt, und dem Mandatar die Befugniss ertheilt worden, sich danach, als nach Beispielen, unter ähnlichen Umständen zu richten. Das sei es, was die kanonischen Stellen sagen. Daher habe ein *mand. speciale cum libera* allerdings eine vorzügliche Kraft; denn wer ein solches zum Abschluss eines Kontrakts oder Geschäfts erhalten, brauche nicht zu besorgen, dass ihm in Ansehung der Art und Weise Streit erhoben, oder darüber eine besondere Vollmacht gefordert werden werde; vielmehr sei anzunehmen, dass darin Alles seinem Gutbefinden überlassen sein solle. — Wider diese Schlussbemerkung muss ich jedoch gleich hier entgegnen, dass es offenbar zu dem angegebenen Behuf der Klausel *cum libera* nicht bedarf, indem das, was der Mandatar hier thun darf, aus allgemeinen Grundsätzen folgt. Aber auch übrigens genügt mir diese Auffassung nicht, sondern meine Ansicht geht dahin. Mustert man die bisher citirten römischen Quellenzeugnisse, so ist es nicht zu verwundern, wenn Viele dahin gelangt sind, einen wirklichen Katalog von Handlungen anzulegen, die ein Spezialmandat erfordern, aber darin von zwölf und weniger bis über hundert differiren, (vergl. Bayer a. a. O. S. 209 f.) und wenn nicht weniger als fünf verschiedene Richtungen eingeschlagen worden sind. Manche ziehen das allgemeine Princip vor, dass jede Handlung ein Spezialmandat erfordere, wodurch der Principal besonders nachtheilige Folgen haben könnte. Dass ein solches Princip den römischen Stellen zu Grunde liege, lässt sich füglich nicht bezweifeln, aber jenes ist wegen seiner Relativität so gut wie unbrauchbar. Wenn zwar in zweien von ihnen, in fr. 58. *de Procur.* und fr. 9. §. 4. *de A. R. D.*, der *generaliter libera administratio negotior.* eine weiter reichende Kraft verliehen zu sein scheint, so glaube ich doch, diesem Beisatz kein besonderes Gewicht beilegen zu dürfen, indem er nirgends weiter als ein solcher hervorgehoben wird, woran es doch wohl nicht fehlen könnte, vielmehr seine Erwähnung in der Verbindung jener beiden Stellen als zulässig erscheint, und er in der Uebersetzung der Basiliken auch ganz weggelassen ist, s. Lib. VIII. 2, 57. und Lib. L. 1, 8. Was sollte auch der Gegensatz dazu sein? Wie ist es nun aber zu vereinigen, wenn es in fr. 58. *d.* heisst, *procurator, cui generaliter libera administratio commissa est, exigere potest et permutationem facere;* (59. *eod.*) *sed et id quoque ei mandari videtur, ut solvat creditoribus*, während es fr. 60. *eod.* heisst, *m. gen. non contineri etiam transactionem decidendi caussa interpositam*, — und fr. 63. *eod. procurator totor. bonor., cui res administr. mandatae sunt, res domini neque mobiles, vel immobiles, neque servos sine speciali mandato alienare potest, nisi fructus, aut alias res, quae facile corrumpi possunt*, und endlich wieder in fr. 9. §. 4. *de A. R. D. Nihil interest, utrum ipse dominus per se tradat alicui rem, an voluntate ejus aliquis. Qua ratione si cui libera negotior. administratio — permissa fuerit et is ex negotiis rem vendiderit et tradiderit, facit eam*

können, dass dazu nach dem vorherigen Grundsatz ein Spezialmandat als regelmässig erfordert zu denken ist. Da nun die Thätigkeit der Prokuratoren zugleich in einer solchen Eigenschaft in Anspruch genommen wird, welche eine besondere Sachkenntniss und somit die Fähigkeit zur rechtlichen Beurtheilung der ganzen Angelegenheit voraussetzt, so ist in der dahin unbestimmt lautenden Vollmacht, dass der Prokurator in Bezug auf den ganzen Prozess alles ihm zweckmässig und nöthig Scheinende zu thun freie Macht und Gewalt haben solle, allemal der Auftrag auch zu solchen Handlungen als ertheilt anerkannt worden, die ohnedies ein Spezialmandat erfordern würden. Endlich ist als eine allgemeine Regel der Auslegung der aufgetragenen besonderen Handlungen im Fall ertheilter Generalmandate die zu betrachten, dass, wenn in Hinsicht auf die Nothwendigkeit solcher einige besonders

accipientis, — ?? Ich glaube, dass hier folgende Anschauung zu Grunde liegt. Bei der Möglichkeit, dass sich ein *mand. generale* sowohl auf einen engeren Kreis einer bestimmten Art von Geschäften beziehen kann, als auf die Verwaltung eines ganzen Vermögens, ist man um so mehr genöthigt, einen Unterschied zwischen den letzteren Fällen und anderen zu machen, als gerade dem *procurator omnium bonorum* vorzugsweise gewisse Rechte eingeräumt sind, so: *exigere* und *aliud pro alio permutare*, (fr. 58. *d.*) *fructus* und *res quae facile corrumpi possunt alienare*, (fr. 63. *eod.*) *ut recte ei solvatur*, (s. §. 103. bei Anm. [46]) *rem in judicium deducere*, (fr. 12. *de Pactis*) Injurienklage zu erheben, (fr. 16. §. 17. *de Injur.*) Vergleiche zu schliessen, (fr. 12. *de Pactis*, fr. 7. pr. *de Calumniat.* fr. 17. §. 3. *coll.* fr. 2. *de Jurejur.*) Eide antragen, (fr. 17. §. 3. *de Jurejur.*) Noviren, (fr. 20. §. 1. *de Novation.* und fr. 58. *de Procur.* nach der *Vulg.*) Zahlung leisten, (fr. 59. *eod.* und fr. 87. *de Solution.*) Restitution fordern (fr. 25. §. 1. *de Minor.*). Dass hier keine blosse Willkühr zum Grunde liegen könne, wird von vornherein ebenso einleuchten, als dass der Wille des Mandanten der allgemeine Leit- und Gesichtspunkt sei, resp. wieweit er diesen aus einer gewissen Erklärung gegen sich gelten lassen müsse. Dies ist ferner aber auch in fr. 9. §. 4. *de A. R. D.* ausdrücklich als Entscheidungsmotiv anerkannt, und in anderen Stellen, wie z. B. fr. 11. §. 7. und fr. 12. *de P. A.* indirekt darin, dass der *proc. universor. bonor.* nur dann *sub pignoribus mutuas pecunias accipere debet*, wenn dies die Sitte des Machtgebers war. Hierdurch werden so allgemeine, nur die Regel enthaltende Aussprüche, wie in fr. 63. *de Procur.*, dass ein solcher dennoch *sine speciali mandato alienare non potest*, näher bestimmt. Dass nun, was vom *mand. universor. bonorum* im weiteren Kreis gilt, von einem *mand. generale* in Bezug auf eine gewisse Art oder einen Komplex von Geschäften im engeren Kreis ebenfalls gelte, kann keinem Zweifel unterliegen, nur bemerke ich dabei ausdrücklich, dass der ohnehin selten allein vorkommende Ausdruck *generale mand.* schwerlich immer nur von einem solchen, und nicht vielmehr von einem *m. omnium bonorum* verstanden werden dürfte; so namentlich fr. 60. *de Procur.*, was sich neben dem vorher citirten fr. 12. *de Pactis* u. s. w. sehr wohl von der Verschiedenheit der Umstände des konkreten Mandats erklären lässt. Sonach glaube ich im R. R. das einfache, aber einer sehr freien Bewegung der Beurtheilung und Berücksichtigung der Umstände Raum gebende Princip zu finden, dass ein *mand. generale*, sei es *universorum bonorum*, oder von minder umfassender Art, allemal diejenigen Handlungen in sich begreife, welche überhaupt der Natur und dem Zweck des Geschäfts und den in Bezug darauf eintretenden Umständen, und s o m i t dem Willen des Mandanten entsprechen, und dazu gehören, dem h i e r n a c h zu beurtheilenden Mandat nachzukommen. Vergl. auch fr. 34. §. 3. *de Solution.* und Mühlenbruch Cession S. 114. Anm. [234]. — Soweit von den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen. Dass dieselben auch beim Mandat zur Prozessführung zur Anwendung kommen müssen, kann keinem Bedenken unterliegen. Dagegen aber ist einmal hier nicht zu übersehen, dass ein solches Mandat immer ein *generale* ist und sein muss (im reichskammergerichtlichen Prozess war dies sogar ausdrücklich vorgeschrieben), mögen noch so viel einzelne Handlungen ausdrücklich genannt sein, und dann, dass gerade im Civilprozess eine Zahl äusserst wichtiger und folgenreicher Handlungen vorkommen können, von denen sich nicht sagen lässt, dass sie alle absolut nothwendig seien, und zur Führung des konkreten Prozesses gehören, die aber nöthig oder

namhaft gemacht, und der dazu nöthige Spezialauftrag ertheilt worden, und daneben allgemein gesagt ist, dass auch zu ähnlichen anderen Auftrag ertheilt sein solle, in der That zu allen denen ein gleicher Spezialauftrag als ertheilt betrachtet wird, welche mit ersteren in eine Kategorie zu setzen sind.

II. Die Wirkung des Mandats reicht nach zwei verschiedenen Seiten hin; die eine, in sofern der Mandatar den Mandanten in rechtlicher Hinsicht vertritt, für ihn erwirbt und verliert, Gläubiger oder Schuldner wird, und überhaupt handelnd auftritt, hiervon ist an verschiedenen Stellen des Systems bei den einzelnen Lehren schon die Rede gewesen, s. §. 17. B. b. 3. §. 44. a. E. §. 45. IV. §. 89. [39], [40]. §. 90. z. A. §. 102. hinter Anm. [45]. u. s. w.; die andere ist die eigentliche Obligation zwischen dem Mandatar und dem Mandanten, und von dieser ist hier weiter zu handeln.

1. Der Mandatar hat die Obliegenheit, den Auftrag zu erfüllen und dabei die grösstmöglichste Sorgfalt anzuwenden [28], diese aber genügt auch, indem er durch schuldloses Verfehlen der Aufgabe nicht verantwortlich wird, überhaupt also für deren wirkliche Ausführung nur soweit einzustehen hat [29]. Sollte er zu der Ueberzeugung gelangen, dass er den übernommenen Auftrag nicht ausführen kann, so hat er dies dem Mandanten so schleunig wie möglich zu melden [30]. Als Richtschnur

räthlich werden können; so: Geständnisse ablegen, fr. 6. §. 4. *de Confess.* Eide deferiren, fr. 17. §. 3. *de Jurejur.* Vergleiche abschliessen u. s. w. Wenn nun in c. 4. in 6to *de Procur.* daraus, dass einiger solcher Handlungen in einem Generalmandat ausdrücklich gedacht, und eine *clausula generalis* hinzugefügt worden, also etwa des wesentlichen Inhalts: „Alles, was sonst in ähnlichen Handlungen nöthig oder zweckmässig scheinen sollte", — der Schluss gezogen wird, *ut procurator etiam ad non expressos articulos admittatur*, so kann ich darin nur ein richtig beurtheiltes Moment der Auslegung eines unbestimmten Mandats erkennen, ohne darauf gerade eine besondere Art von Vollmacht zu begründen. Wenn dann wieder am Schluss des c. 4. *d.* hinzugefügt wird, dass ein *procurator* ohne Spezialmandat den Eid antragen, und Vergleiche solle abschliessen können, *si ei bonorum vel caussae administratio libere sit concessa*, so ist in der ersten Alternative wieder der Einfluss des Mandats zur Verwaltung eines ganzen Vermögens wirksam, wenn aber in der zweiten dem freien Ermessen des Sachwalters ein weiterer Raum gegeben ist, so ist das, in Betracht, dass in der Regel erst die Umstände im Verlauf des Prozesses das Weitere über die Räthlichkeit einzelner Maassregeln ergeben können, wo oft nicht mehr zu neuen Instruktionen die Zeit ist, und der Procurator, der als Rechtsverständiger regelmässig zu denken ist, darüber erst dann zu urtheilen vermögen wird, hier gerade um so natürlicher, als der eigene Vortheil des Mandanten alles Einzelne eventualiter aufzutragen ihm gebieten wird, und das als von ihm gewollt verständigerweise also anzunehmen ist, sobald er sich in etwa einer solchen Weise, wie: „mein Mandatar soll nach seinem besten Ermessen berechtigt sein, Alles ihm zweckmässig Erscheinende zu thun", — „nach seinem besten Wissen ohne alle Einschränkung", und dergleichen ausgedrückt hat. — Auf dieser Auffassung und Auslegung beruht die Darstellung dieser Lehre im Text.

[28] C. 11. 13. 21. *h. t.* vergl. mit fr. 5. §. 1. fr. 8. §. 10. fr. 22. §. 11. *init. h. t.* u. fr. 23. *de R. J.* (vergl. noch Pfordten civil. Abh. S. 315. wegen fr. 57. *de Adm. tut.*) vor Allem also ist er verpflichtet, überhaupt zur Ausführung des Auftrags zu schreiten, s. c. 5. 11. *h. t.* und die cit. Pandektenstellen. Ist kein Schaden entstanden, so fällt die Möglichkeit eines Anspruchs weg, fr. 8. §. 6. *h. t.* Ueber einen unter älteren Juristen entstandenen Streit wegen des Grads der zu vertretenden *culpa* s. Glück a. a. O. S. 262. Man glaubte, dass, weil der Mandatar keinen Vortheil vom Geschäft habe, er auch nicht für *culpa levis* einzustehen habe; s. aber oben §. 103. Anm. [52] und vergl. Pfordten a. a. O.

[29] C. 13. *d.* c. 1. *eod.* (schuldlos verlorener Prozess) fr. 56. §. 4. *h. t.* daher fr. 5. §. 1. *h. t.* natürlich nur mit dieser Bevorwortung zu verstehen ist.

[30] Fr. 27. §. 2. *h. t.* Gründe der Behinderung entschuldigen ihn, s. Anm. [66].

bei seinem Handeln dient ihm die empfangene Anweisung, wann und soweit er eine solche erhalten [31], und wo es daran fehlt, unter Berücksichtigung der auch beim unbestimmten Mandat gegebenen Grenzen (Nr. I. 4. z. A.), der Vortheil des Mandanten [32]. Ausserhalb des hierdurch gezogenen Kreises handelt er nicht dem Mandat gemäs, sondern selbstständig und beziehungsweise ihm entgegen [33]. Doch gilt der ausgerichtete Auftrag auch dann noch als mandatsmässig vollzogen, wenn der Mandatar auf eine noch vortheilhaftere Weise für den Mandanten gehandelt hat, als zu welcher ihn die empfangene Anweisung ermächtigte [34], so z. B. Kauf einer Sache um einen geringeren, als den aufgegebenen Preis, oder zwar um diesen aber mit einer Nebensache oder Zugabe [35]; nur muss er freilich dabei stets den individuellen Gegenstand des Mandats gewähren, so z. B. darf er, wenn er ein bestimmtes Haus zu kaufen beauftragt worden, nicht ein anderes, wenn auch wohlfeiler und noch so vortheilhaft gekauft haben [36]. Hat er den Auftrag auf eine entgegengesetzte Weise überschritten, so kommt es darauf an, ob er, vorausgesetzt, dass überhaupt eine sondernde Maasregel der Art den Umständen nach möglich ist, gegen Uebernahme des wider den Auftrag veranlassten Nachtheils, dem Mandanten gerade das gewähren kann, wozu er dem Mandat gemäs gehalten ist; dann nimmt er dem Mandanten gegenüber dieselbe Stellung ein, als hätte er der erhaltenen, oder sich von selbst verstehenden Anweisung entsprechend gehandelt [37]. — Auch ist es möglich, dass durch Ueberschreiten des Auftrags beim Abschluss eines Geschäfts, namentlich in Ansehung der Summe dieses, soweit es innerhalb der dafür durch das Mandat gezogenen Grenzen liegt, kraft desselben besteht, und der Auftrag also soweit als ausgerichtet, rücksichtlich des Ueberrests aber dasselbe als ein solches des Mandatars auf eigene Rechnung erscheint [38]. Die Wahl der verschiedenen Mittel zur Erreichung des Zwecks ist dem Ermessen des Mandatars soweit anheimgegeben, dass, wenn nicht bestimmt ein besonderes, mit Ausschluss der übrigen angewiesen

[31] Fr. 5. pr. *h. t.* und in den ff. §§. Beispiele dazu.

[32] Fr. 46. *h. t.*

[33] Fr. 5. pr. 33. 41. *h. t.* §. 8. *I. eod.*

[34] Fr. 5. §. 5. *h. t.* Man könnte hier an eine Beschränkung des Inhalts denken, dass auch wirklich die Absicht auf Erlangung eines Vortheils gerichtet sein müsse. „So, könnte man sagen, ist es allerdings wahrscheinlich, dass, wer ein Haus für 1000 zu kaufen Auftrag giebt, es für 900 noch lieber nehmen wird; nicht undenkbar aber wäre es, dass ein Reicher, um einem Freunde aus der Verlegenheit zu helfen, einem Dritten Auftrag giebt, ersterem eine Sache um einen übermässigen Preis abzukaufen. Zwar ist der Mandatar auch hier berechtigt, den Vortheil des Mandanten als seine Richtschnur zu betrachten und daher würde ihm für den letzteren Fall allerdings eine ganz bestimmte Instruktion zu ertheilen sein, ist aber diese gegeben, so darf er auch durch jene Rücksicht nicht davon abweichen.“ Indessen würde es doch vor Allem immer darauf ankommen, ob der Mandant an der Nichtbefolgung seiner Instruktion (zu seinem Vortheil!) ein Interesse hat. Kaum lässt sich ein solches weiter denken, als dass ihm, wenn der Auftrag nicht eben gerade so, wie angewiesen, ausgerichtet wird, an seiner Ausrichtung gar nichts liegt.

[35] §. 8. *I. d.* fr. 5. §. 5. *h. t.*

[36] Fr. 3. pr. 5. §. 2. *h. t.*

[37] Fr. 3. §. 2. fr. 4. 5. §. 3. *h. t.* coll. §. 8. *I. eod.* vergl. Glück a. a. O. S. 280 f.

[38] Fr. 33. *h. t.* Der von Vielen (s. Glück a. a. O. S. 284. und die dort Gen.) angenommene Unterschied zwischen dem Handeln *contra* und *praeter mandatum* ist ganz überflüssig; Thibaut z. B. (§. 867.) kann nach den von ihm cit. Stellen nichts Anderes meinen, als was eben der Text enthält; wenn aber Glück als Beispiel, dass Jemandem zwar nicht die *mandati a.*, wohl aber *negotior. gestor.* zustehen könne, anführt: wenn Einer dem Anderen aufgetragen, seinen Garten zu besorgen, und dieser auch eine nöthige Reparatur am Hause vornehme — so ist das doch so klar, dass davon nicht geredet zu werden braucht, was hat aber damit das Mandat zu thun?

worden, er darin unbeschränkt ist[39]. Hat der Mandatar Sachen vom Mandanten zu einer bestimmten Verwendung empfangen, so haftet er für dieselbe[40]; empfangene Gelder muss er namentlich verzinsen, wenn er sie in seinen Nutzen verwendet[41], oder es ihm zur Schuld gereicht, dass er sie nicht verzinslich angelegt[42], oder nicht zur Abtragung verzinslicher Schulden verwendet hat[43]. Hat er in Folge des Mandats Sachen oder Gelder für den Mandanten in Empfang genommen, so hat er sie diesem herauszugeben[44], sowie Alles, was er in Bezug darauf in Händen oder zum Zweck des Mandats erhalten hat[45]; eine eigenthümliche Zinsverpflichtung des Mandatars entsteht namentlich von den für den Mandanten vereinnahmten Geldern, welche er selbst auf eigene Hand auf Zins ausgeliehen[46], ja selbst wenn ihm dies verboten war, indem er immer fremde Gelder widerrechtlich benutzte[47]. Soweit nun eine Vereinnahmung der Art und eine Verwaltung Statt gefunden, kann auch vom Mandatar die Ablegung einer Rechnung gefordert werden, um danach die Herausgabe zu bewirken[48]. — Dass der Mandatar den angenommenen Auftrag selbst ausführe, ist im Allgemeinen so wenig nöthig, wie die Erfüllung anderer Obligationen in eigener Person; s. §. 90. z. A., es ist ihm vielmehr ausdrücklich gestattet, den Auftrag auf Andere (Substituten) zu übertragen[49], ohne dass er für etwas Weiteres einzustehen braucht, als dass er bei der Wahl seines Stellvertreters mit der erforderlichen Sorgfalt zu Werke gegangen, und übrigens nur das zu gewähren hat, was er von ihm selbst, mit dem er nun in ein Mandatsverhältniss tritt, erlangen kann[50]. Nur dann, wenn die Substitution eines Anderen ausdrücklich verboten, oder nach der Natur und Beschaffenheit der Leistung anzunehmen ist, dass der Mandant gewollt, der Mandatar solle sie in Person verrichten, haftet der Mandatar für den Substituten und jeden dem Mandanten dadurch entstandenen Nachtheil[51]. Doch kann der Mandant sich auch an den Substituten unmittelbar halten,

[39] Fr. 56. 62. *de Procurat.* fr. 46. *h. t.* Der Ausschluss der übrigen muss zwar nicht gerade ausdrücklich, auf jeden Fall aber in einer gewissen positiven Weise geschehen sein, und ist nach der letzten Stelle keineswegs aus der ausdrücklichen Namhaftmachung eines einzelnen zu schliessen. Vergl. Nr. I. bei Anm. [26].

[40] Fr. 8. §. 10. *h. t.*

[41] Fr. 10. §. 3. *h. t.*

[42] Fr. 10. §. 3. *h. t.* (*verb. quodsi non etc.*)

[43] Fr. 12. §. 10. *h. t.*

[44] Fr. 8. §. 9. 10. fr. 10. §. 2. (*fundum cum fructib.*) *h. t.* fr. 46. §. 4. *de Procurat.* (auch ein eingeklagtes *indebitum*). Im Text ist die Verpflichtung aus dem Mandat gemeint, dahin gehört auch der Fall, wenn der Mandatar Sachen für sich erworben, die er für den Mandanten erwerben sollte. Möglich ist auch unmittelbarer Erwerb des Eigenthums, dann hat der Mandant die Wahl zwischen der *a. mandati* und *rei vind.* Mit der Sache selbst sind natürlich herauszugeben die *fructus*, fr. 10. §. 2. *h. t.*, der dazu angeschaffte Zubehör, wenn der Mandant dafür Ersatz leistet, §. 10. *eod.* Die Abtretung der kraft des Mandats erworbenen Forderungen ist nur nöthig, wenn der Mandatar sie auf eigenen Namen erworben hat, fr. 43. *h. t.*

[45] Fr. 20. pr. 8. pr. (Urkunden).

[46] Fr. 10. §. 3. *h. t.*

[47] Fr. 10. §. 8. *h. t.* Diese Stelle versagt für den Fall die Mandatsklage, *si periculo tuo credidisses*, allein ohne Zweifel greift dann wieder §. 3. *eod.* ein, vergl. §. 87. II. b. 3, Anm. [27]. Vgl. Glück a. a. O. S. 297.

[48] Fr. 46. §. 4. *de Procurat.* fr. 9. pr. *de Edendo* fr. 56. §. 2. *h. t.*

[49] Fr. 8. §. 3. *h. t.* s. Anm. [51].

[50] 1, Fr. 21. §. 3. *de Negot. gest.* fr. 2. §. 1. *de Mensor.* 2, fr. 8. §. 3. *h. t.* s. folg. Anm.

[51] Die erste Hälfte des obigen Satzes versteht sich von selbst; s. auch Koch a. a. O. S. 465. [5], die zweite ist eine Anwendung der in §. 90. bei Anm. [1] enthaltenen allgemeinen Beschränkung, welche ihren Grund einmal in dem Verbot der Substitution bei ertheilten Prozessvollmachten in fr. 8. §. 3. *h. t.* und c. 11. und 23. *de Procurat.*, sodann in dem für den *procurator ad matrimon. contrahendum in c. ult.* in 6*to de Procurat.* findet. Vergl. auch Glück a. a. O. S. 259. Auf die ersteren Stellen wird nun (schon von Bartolus in der Summe zu fr. 8. *d.*) sehr

und zwar entweder mittelst der ihm vom Mandatar abgetretenen Klage, oder auch ohnedies, und zwar auf allen Fall auf den Grund der von jenem übernommenen auftragslosen Geschäftsführung [52].

2. Das Mandat kann unter Umständen auch Quelle von Verpflichtungen des Mandanten gegen den Mandatar werden [53]. Vor allen Dingen haftet er demselben aus jeder sich dabei zu Schulden gebrachten Culpa [54], demnächst auf Ersatz aller zur Erfüllung des Auftrags gemachten erforderlichen Auslagen [55], und der Zinsen davon, vorausgesetzt, dass der Mandatar zu dem Behuf zinstragende Kapitalien einziehen oder anleihen müssen, und so die Zinsen eingebüsst hat, oder schuldig geworden ist [56]; endlich hat er, soweit es nöthig sein sollte, dem Mandatar die von

allgemein die Behauptung gestützt, dass der *procurator ad judicium datus* nach der *litis contest.* substituiren dürfe, vergl. Thibaut Vers. Bd. II. Nr. 6. und die bei Glück Bd. V. S. 295. Anm. [36] Gen., dazu aber auch Koch a. a. O. S. 464 f. und Glück a. a. O. S. 260. u. Bd. V. S. 294 f. Letzterer sagt, da die Befugniss, *post litis contestat.* einen Substituten zu ernennen, auf das *dominium litis* zurückgeführt werde, (c. 23. *d.*) und dieses jetzt wegfalle, so könne auch jene nicht mehr Platz ergreifen, sondern es sei eine spezielle *facultas substituendi* erforderlich. Uebrigens liege die Nothwendigkeit des Sachwalters, das Geschäft in eigener Person zu führen, hier in der Natur des Vertrags, wonach ein besonderes Vertrauen in ihn gesetzt sei. Ich halte diese Folgerung für richtig; dass sie in die allgemeine Ueberzeugung übergegangen sei, dafür spricht auch die den heutigen Prozessvollmachten ausdrücklich einverleibte ganz gewöhnliche Substitutionsklausel. — Darüber, dass im Fall einer demgemäs geschehenen Substitution der Tod des ursprünglichen Mandatars dieselbe nicht wirkungslos mache, s. Bülow und Hagemann Erört. Bd. VIII. 2. Abth. S. 172 ff. Der ursprüngliche Mandatar kann auch die Substitution nur dann zurücknehmen, wenn er auch die *potestas revocandi* erhalten hat, s. c. 3. in 6to *de Procurator.* — Die Vorschrift des *J. R. A.* §. 100., dass allemal eventuell ein Substitut neben dem Mandatar ernannt werden solle, mögte ausser dem Reichskammergericht nicht in Gebrauch gekommen sein.

52 Vergl. Glück a. a. O. S. 261. und Koch a. a. O. S. 465. a. E.

53 Der Grund in fr. 61. §. 5. *de Furtis*, dass Niemandem seine Gefälligkeit zum Nachtheil gereichen dürfe, ist nicht weiter entscheidend, seitdem für das Mandat auch eine Vergütung bestimmt werden kann; ursprünglich ist er allerdings maasgebend.

54 Fälle dieser Art werden immer zu den Seltenheiten gehören; am leichtesten wird eine solche Verpflichtung dadurch entstehen, dass der Mandant den Mandatar veranlasst, sich mit schädlichen oder schadhaften Sachen zu befassen; vergl. fr. 26. §. 7. *h. t.*: für zufälligen Schaden, der ihn oder seine Sache betroffen, wird ihm natürlich nicht eingestanden; §. 6. *eod.* Koch a. a. O. S. 471. macht hier in sofern einen Unterschied, als er diese Verneinung nur auf die Sachen beschränkt, deren der Mandatar zur Ausführung nicht bedurft, sondern die er unnöthig mit sich geführt habe. Allein der dazu citirte letzte §. giebt dazu keine Veranlassung. Wo sollte auch hier die Grenze der Unterscheidung liegen? Soll der Mandant, wenn der Mandatar mit eigenem Gespann ausfährt, (fr. 10. §. 9. *h. t.*) um das Mandat zu verrichten, und der Blitz seine Pferde tödtet, diese ersetzen müssen? Oder seine Uhr, wenn er unterwegs beraubt worden, die er bei sich geführt, um zur rechten Zeit da einzutreffen, wo er handelnd auftreten sollte? Oder seine Kleider? Man geräth mit jener, übrigens ganz unbegründeten, Unterscheidung in ein unauflösliches Labyrinth. Es ist darin auch wohl nur einer älteren, schon von Glück a. a. O. S. 314. berichtigten Meinung eine neue Gestalt gegeben.

55 Fr. 10. §. 9. fr. 12. §. 9. fr. 27. §. 4. fr. 56. §. 4. *h. t.* (*necessario factos sumtus*) c. 1. *h. t.* (*probabili ratione factos*), s. auch noch fr. 10. §. 10. *h. t.* (*sumtus volupt.*); ob der Mandant selbst mit geringeren Kosten hätte zum Ziel gelangen können, ist gleichgültig; die Kosten sind daher auch nach der Persönlichkeit des Mandatars zu veranschlagen; vergl. Koch a. a. O. S. 470.

56 1, Fr. 12. §. 9. *h. t.*; nach dieser Stelle hat das richterliche Ermessen nach Erwägung der Umstände, und dessen, was recht und billig scheint, hierüber zu entscheiden. 2, C. 1. *eod.* diese Stelle scheint allerdings auch Zinsen schlechthin zuzusichern, wenn der Mandatar

ihm für den Mandanten übernommenen Verbindlichkeiten abzunehmen [57], es sei denn, dass das Mandat eben eine solche Uebernahme zum Gegenstand habe, welchen Falls wieder nur der Ersatz der dadurch entstehenden Auslagen gefordert werden kann [58]. Es versteht sich übrigens von selbst, dass der Mandatar den Ersatz der Auslagen und die Abnahme von Verpflichtungen nur dann verlangen kann, wenn beides für den Mandanten wirklich vermöge des Mandats geschehen, also er sich innerhalb der Grenzen desselben gehalten hat; hat er diese überschritten, so ist der Anspruch nur soweit begründet, als er wenigstens innerhalb jener liegt [59].

III. Das Mandatsverhältniss erlischt im Besonderen auf folgende Weise: 1. durch die Ausrichtung der aufgetragenen Handlung. 2. Durch willkührliche einseitige Auflösung: nämlich von Seiten des Mandanten durch Zurücknahme des Mandats [60]; diese geschieht auch stillschweigend dadurch, dass er dasselbe Mandat einem Anderen ertheilt [61], oder bezüglich der aufgetragenen Handlung selbst thätig wird [62], natürlich aber haftet er für die von dem Mandatar noch so lange vorgenommenen Handlungen, als dieser von dem Widerruf nicht unterrichtet worden ist [63], und ebenso, wenn er die demungeachtet vorgenommene Handlung noch gut geheissen hat [64]. Dem Mandatar ist gleichfalls die Kündigung des Mandats beliebig gestattet, wenn sie nur nicht doloser Weise oder unzeitig geschieht, so dass der Mandant nun weder selbst, noch durch Beauftragung eines Anderen die Handlung verrichten kann [65]. Doch können allerdings triftige Gründe, und zwar nicht nur solche, welche die Ausrichtung des Mandats vielleicht gar unmöglich machen, wie eingetretene Krankheit, sondern auch andere unbedingt dazu berechtigen, nur muss der Mandatar dann dem Mandanten sobald wie möglich davon Anzeige machen [66].

nur *de propriis opibus erogavit*, indessen mögten diese doch wohl nur von solchen, wie in der ersten Stelle gedachten Geldern zu verstehen sein. Vergl. Buchholtz Rec. dies. Werks 1. Ausg. in der Lpzgr. krit. Jahrb. 1848. S. 308. Uebrigens kann der Mandatar auch Vorschuss verlangen, fr. 12. §. ult. *h. t.*

57 Fr. 45. pr. — §. ult. *h. t.;* regelmässig entstehen diese ohne Weiteres für den Mandanten nach der Regel des §. 102. S. 365 ff., es kann also Obiges nur von denen gelten, rücksichtlich deren der Mandatar sich nicht als solchen zu erkennen gegeben, sondern als eigener Kontrahent aufgetreten ist, und sich der andere Kontrahent nicht an den Mandanten will verweisen lassen.

58 Fr. 45. §. 1. *h. t.* c. 10. *eod.*

59 Fr. 3. §. 2. fr. 4. 22. pr. 33. *h. t.*

60 Fr. 12. §. 16. *h. t.* Allerdings kann das Mandat auch *contraria voluntate* aufgehoben werden, (§. ult. *I. Quib. modis obl. toll.*) allein bei der statthaften einseitigen Kündigung kommt dies in keinen besonderen Betracht. — Wegen der Substituten s. Anm. 51 a. E.

61 Fr. 31. §. 2. *de Procur.*

62 C. 3. *h. t.* Glück a. a. O. S. 355 f. mit einigen Aelteren zählt zu den Gründen stillschweigender Aufhebung auch noch eine solche Aenderung der Umstände, wonach die Vollziehung des Mandats keinen Vortheil mehr gewähren würde. Dies halte ich für sehr bedenklich; nur soviel ist zuzugeben, damit aber auch wohl das hier Beabsichtigte zu erreichen, dass die Instruktion des Mandatars ihn zu einem solchen Unterlassen berechtigen kann, namentlich wenn *mand. incertum* ertheilt ist. Wenn derselbe ausserdem die Unterlassung der Handlung dem Interesse des Mandanten für erspriesslich hält, so thut er das wenigstens auf die Gefahr, für den entgegengesetzten Fall verantwortlich zu werden.

63 Fr. 16. *h. t.*, auch das *re integra* der c. 3. *d.* gehört hierher.

64 Fr. 12. §. 16. *h. t.*

65 Fr. 22. §. 11. fr. 27. §. 2. *h. t.* (In dem Begriff der Kündigung ist der der Anzeige an den Mandanten natürlich von selbst enthalten.) Widrigen Falls findet Anspruch auf Entschädigung Statt; s. Sächs. Ztschrft. Bd. XVIII. S. 453.

66 Fr. 23. (*si valetudinis adversae, vel inimicitiar. capitalium*) 24. (*seu ob inanes actiones*) 25. (*seu aliam justam caussam excusat. alleget, audiendus est*) 27. pr. *h. t.*, es versteht sich von selbst, dass die widrigen Falls entspringenden Ansprüche immer das Interesse betreffen.

3. Das Mandat ist endlich eins von den Verhältnissen, welches durch den Tod eines der beiden Theilnehmer daran aufgelöst wird, s. §. 106. D. 2. b, und Anm. 7.[67]; doch kann allerdings auch eine erst nach des Mandanten Ableben zu verrichtende Handlung aufgetragen werden[68]. Es gelten aber nicht nur die bis dahin kraft des Mandats vorgenommenen Handlungen unverändert als solche fort[69], sowie dergleichen auch nach des Mandanten Tod noch bis zur Kundwerdung desselben an den Mandatar von diesem mit vollem Erfolg vorgenommen werden[70], sondern es findet auch wenigstens in sofern eine Fortsetzung des Verhältnisses von Seiten der Erben des Mandatars Statt, als sie die von ihm bereits begonnene Ausführung des Mandats nur im guten Glauben, für das Interesse des Mandanten zu sorgen, fortgeführt haben[71].

IV. Eine eigenthümliche Art des Mandats ist die Assignation oder Anweisung, d. i. ein Doppelmandat, einmal an eine bestimmte Person, den Assignatar, im Namen des Assignanten eine Leistung von einem Dritten, dem Assignaten, zu erheben, und sodann an den letzteren, die Zahlung an ersteren zu leisten[72]. Am gewöhn-

[67] Ausser den dort cit. Stellen s. noch: 1, fr. 26. §. 1. *h. t.* c. 15. *eod.* §. 10. *I. eod.* 2, fr. 27. §. 3. fr. 57. *h. t.* §. 10. *I. eod.*

[68] Fr. 12. §. ult. fr. 13. 27. §. 1. *h. t.* fr. 108. *de Solution.* s. Glück a. a. O. S. 338 ff. Mühlenbruch Bd. 43. S. 397.[27]. S. jetzt Dietzel in der Zeitschrift N. F. Bd. XIII. S. 424 ff.

[69] Fr. 27. §. 3. *h. t.* (*integro mandato*) vergl. Glück a. a. O. S. 352 ff.

[70] Fr. 26. pr. §. 1. fr. 58. pr. *h. t.* §. 10. *I. eod.* Weiter geht Glück a. a. O. S. 334 ff. nach einigen Aelteren; er nimmt an, dass, wenn ein Mandat zu der Zeit in der Ausführung begriffen sei, wo der Mandant sterbe, immer als stillschweigend ausbedungen anzunehmen sei, dass der Mandatar auch in dem Fall noch nach des ersteren Tod den Auftrag vollziehen solle, wenn die Erben desselben ohne Nachtheil das Mandat nicht mehr selbst oder durch Andere vollziehen lassen könnten. Es ist zuzugeben, dass die Regel streng durchgeführt hier scheinbare Unbilligkeiten nach sich ziehen könne; indessen fühle ich mich nicht berechtigt, von jener abzugehen, da es ja dem Mandanten freisteht, ihnen durch Berücksichtigung seines Todesfalls unter solchen Umständen zuvorzukommen. Uebrigens bedarf es jener Annahme wenigstens nicht zu dem Ende (wie Glück zu glauben scheint, da er sich darauf als auf einen Beweisgrund beruft), um die dem Mandatar anvertrauten Sachen des Mandanten, in Bezug auf welche ein fortgesetztes Handeln zu deren Erhaltung nöthig ist, zu sichern; zu der nun eintretenden Pflicht, sie zurückzugeben, gehört die Fortsetzung der aufgetragenen Handlungen als nothwendige Voraussetzung von selbst.

[71] Fr. 27. §. 3. *h. t. per arg. e contr. verb.: si is integro etc.*, s. dagegen fr. 57. *h. t.* und dazu Sintenis in Zu Rhein's Jahrbb. Bd. I. S. 269 ff. Die erstere Stelle versteht m. W. nur Unterholzner a. a. O. S. 598. IV. so, wie oben geschehen, und ich leugne nicht, dass sie ohne eine Unterscheidung der Art auch so verstanden werden kann, dass von einer Fortpflanzung des Verhältnisses gar keine Rede sei, sondern der Gegensatz nur andeute: ist nicht mehr *res integra*, so wird das Mandat nicht ganz aufgelöst, sondern nur für die Zukunft, während es für die bereits entstandenen Folgen bestehen bleibt. Indessen ist es doch auch nicht zu verkennen, dass, da die Erben unter solchen Umständen sich zur Geschäftsbesorgung sehr natürlich gedrungen fühlen können, wenn sie dies, also doch immer nur in des Mandanten Interesse, thun, sehr viel dafür spricht, dass ihnen auch die Rechte des Mandatars zuständig seien. Davon, dass ihnen diese Besorgung obliege, kann freilich nicht die Rede sein. Zwar behauptet das Koch a. a. O. S. 491. wenigstens rücksichtlich angefangener Geschäfte soweit, als es zur Abwendung sonst unvermeidlichen Schadens erforderlich ist, und so lange, bis der Mandant, ohne nachlässig zu sein, neue Vorkehrungen treffen könne; allein ich finde mich durch fr. 27. §. 3. *cit.* noch weniger ermächtigt, das zuzugeben. Uebrigens wird bei der Uebereinstimmung der Grundsätze von der auftragslosen Geschäftsführung mit denen des Mandats rücksichtlich der an den Principal zu erhebenden Gegenansprüche, der Frage, ob hier dieses oder jene anzunehmen sei, das praktische Interesse fehlen.

[72] Das Geschäft der Anweisung liegt für das

lichsten ist hierbei eine Zahlung in Gelde vorauszusetzen; dass der Assignat Schuldner des Assignanten sei, ist nicht erforderlich, nur wird er meist mit diesem schon in einem Berechnungsverhältniss stehen. Die Veranlassungsgründe, in dieser Art mit dem Assignatar in Berührung zu treten, können so mannigfaltig sein, wie die der Verpflichtung oder der Vermögensübertragung überhaupt, es kann m. a. W. darin sowohl ein Mittel zum Kontrahiren durch die Leistung enthalten sein, als zum Zahlen und Schenken; hiernach gestaltet sich dann das Verhältniss zwischen dem Assignanten und dem Assignatar in Folge der Empfangnahme der Leistung. Rücksichtlich des dadurch entstehenden Verhältnisses zwischen dem Assignanten und Assignaten hingegen kommt es vor Allem darauf an, ob der erstere Gläubiger des letzteren war, (auch wenn nur aus einem Vertrag über Vorstreckung eines Darlehns)

praktische Recht auf der Grenze der Gebiete des Civilrechts und des Handelsrechts, in welchem letzteren sie in Wesen und Form mannigfaltige Modifikationen erfahren hat, vergl. Thöl Handelsrecht §§. 114—127. Die römischen Quellen kennen den Ausdruck *assignare* in diesem Sinn nicht, gleichwohl ist das Geschäft von civilrechtlicher Natur, indem es in der That nichts weiter ist, als ein Zahlungsmandat an den Einen, (*mandatum ut solvatur*) welches mit einem Einkassirungsmandat an einen Anderen (*mandatum ut accipiatur*) in korrespondirende Verbindung gesetzt ist, so dass dieselbe Person kraft des letzteren erheben und annehmen soll, an welche kraft des ersteren gezahlt werden soll. Von beiden Mandaten, als einzelnen, kommen Beispiele vor, s. z. B. 1) fr. 89. §. 1. fr. 108. *de Solution.* (Mandat an den Schuldner, einem Dritten zu zahlen), ferner Beispiele in Stipulationsform in fr. 38. §. 21—23. *de V. O.*, das Mandat, einen bestimmten, dem Mandatar überlieferten Gegenstand einem Dritten zu leisten, gehört nicht hierher, dabei sind die Verhältnisse von anderer, ganz einfacher Art, die Erfüllung des Mandats, d. i. hier die Ueberbringung, lässt kein neues Verhältniss zwischen dem Mandanten und Mandatar entstehen. 2) Fr. 34. pr. (*v. Item quodsi etc.*) Von dem letzteren ist dann wieder das Mandat zum Eintreiben einer Forderung durch Klage (*exigere*) zu unterscheiden, welches ohnehin voraussetzt, dass der Mandant Gläubiger des Dritten sei; s. z. B. c. 11. *h. t.* fr. 12. §. 16. fr. 17. 20. pr. *h. t.*, dass die Assignation eine Verbindung beider gedachter Mandate sei, leugnet nun Thöl a. a. O. §. 123. und 124. zwar nicht, indem er das Rechtsverhältniss zwischen dem Assignanten und Assignatar ebenso wie beim Einkassirungsmandat als sich gestaltend anerkennt, und das zwischen dem ersteren und dem Assignaten, wie beim Zahlungsmandat, allein ich kann hier in folgenden Hauptpunkten mit sehr wesentlichen Folgen nicht mit ihm übereinstimmen. Zuvörderst identifizirt er nach §. 119. z. A. (s. bes. Anmerk. 2—5) das *mand. pecun. exigendi* mit dem *pecuniam accipiendi*, und begreift namentlich das erstere unter dem Einkassirungsmandat. Dass ein Unterschied zwischen beiden sei, und das zweite nicht nothwendig das erste in sich begreife, wird Niemand leugnen. Soll nun das Erste unter dem Begriff der Einkassirung verstanden werden, so weiss ich nicht, mit welchem Recht §. 125. Nr. 4. geleugnet wird, dass der Assignatar ohne Cession oder Prozessvollmacht den Assignaten verklagen dürfe, und dass die Assignation das Eine oder das Andere enthalte, während §. 124. z. A., wie schon gesagt, gelehrt wird, „über das Rechtsverhältniss zwischen Assignanten und Assignatar gelte das oben vom Einkassirungsmandat Gesagte." Vielmehr müsste ja dann eben in der Assignation ein *mand. exigendi* gegeben sein. Nach meinem Erachten sind jene beiden Mandate (*exigendi* und *accipiendi*) wohl zu unterscheiden; ist das erstere ertheilt, so bedarf es eines *mand. solvendi* an den Dritten gar nicht, es ist ganz überflüssig, und nur ein gewöhnliches Mandat vorhanden. Nur die Kombination eines *mand. accipiendi* an den Einen und *solvendi* an den Anderen kann als etwas Eigenthümliches betrachtet werden, für welches ein besonderer Begriff, der der Assignation, zu rechtfertigen ist, der sonst völlig entbehrlich wäre. Hiermit hängt nun ferner zusammen, dass Thöl für den Assignatar die Befugniss behauptet, sich den Assignaten durch ein Versprechen fest zu verbinden, so dass dann der Assignant die Anweisung auch nicht widerrufen könne. Er schliesst das daraus, „weil der Assignatar seiner Verpflichtung, die Zahlung mit allem Fleiss zu erwirken, nicht besser nachkommen könne, als

und die Zahlung der Schuld an einen Dritten anwies, dann nämlich hat sie für den Schuldner nur die Folge, dass er nun an den Dritten gültig zahlen wird; wo nicht, so würde er durch die Zahlung von dessen Seite erst mit ihm kontrahiren, die Anweisung also ein Angebot zum Kontrahiren sein. Nur in diesem Fall also ist sie ein den Assignanten dem Assignaten zum Ersatz verpflichtender Auftrag. Gewöhnlich ist zwar ferner, dass der Assignatar den Gegenstand der Leistung für eigene Rechnung erhebt, möglich jedoch auch, dass er sie nur für den Assignanten in Empfang nehme; im letzteren Fall entsteht aber keine vom einfachen Mandat abweichende Folge. In allen diesen Fällen bleibt jedoch nach ertheilter Anweisung bis zu deren Ausführung die Natur des Mandats so vorherrschend, dass sie, wie dieses, vom Assignanten jeder Zeit widerrufen werden kann, also sowohl gegen den

wenn er sich die Zahlung versprechen lasse, und somit dürfe ein solches der Meinung des Assignanten nicht als zuwider erachtet werden." (S. schon bei Heise und Cropp Abhandl. Bd. II. S. 253 ff.) So wenig wie den Grund, kann ich diesen Schluss zugeben. Warum ferner sollte nicht, wäre die Voraussetzung richtig, der Mandatar beim einfachen *mandatum exigendi* ebenso verfahren dürfen? — von dem Thöl §. 119. nicht dasselbe behauptet, vielmehr hier sub III. lehrt, dass Widerruf dieses Mandats zulässig sei, wenn der Mandatar die zu empfangende Summe dem Mandanten auszahlen solle; wenn er dagegen dies für den Fall verneint, dass er sie behalten solle, also *in rem suam procurator* sei, so ist das eine Cession, die doch in der Anweisung nicht enthalten ist, indem, wie Thöl selbst S. 362. anerkennt, es unwesentlich ist, dass der Assignatar die einzukassirende Summe für sich behalte oder in seinem Namen einkassire. Dass der Assignat dem Assignatar ein besonderes Versprechen der Zahlung geben könne, versteht sich freilich von selbst; dadurch tritt er mit diesem in ein besonderes Verhältniss, indessen wird dadurch das etwa zwischen ihm und dem Assignanten bestehende Schuldverhältniss nicht gelöst; er hätte also dann zwei Korrealgläubiger, indem auch der Assignant, bei dem ihm willkührlich zuständigen Widerruf, die Forderung wiederum geltend machen kann, auf welche er Anweisung ertheilt hat. Ganz anders würde sich freilich das Verhältniss gestalten, wenn der Assignat vom Assignanten angewiesen würde, sich dem Assignatar zu verpflichten, dann würde es sich in Delegation, Expromission, oder irgend ein anderes ähnliches Geschäft verwandeln. Dass nun ein solches Versprechen schon allemal dann anzunehmen sei, wenn der Assignatar sich auf den Grund der Assignation an den Assignaten wendet, und ihn zur Zahlung auffordert, und dieser sich dazu bereit erklärt, und etwaige Beabredungen über die Art oder Zeit der Leistung u. s. w. getroffen werden, wird sich nicht behaupten lassen, sondern es würden hier die Umstände des besonderen Falls erst den Ausschlag geben können, ob dadurch wirklich eine Obligation eingegangen sei; die *caussa* zu dieser würde in dem Mandat zu suchen sein. — So glaube ich die Kombination beider Arten von Mandaten auffassen zu müssen, von welcher ich jedoch kein ganz sicheres Beispiel in den römischen Quellen finde. Aus ihr folgen die einzelnen weiteren Sätze von selbst, die wieder je nach Verschiedenheit der rechtlichen Zwecke, welche durch dieses Mittel erreicht werden sollen, und der thatsächlichen Umstände, unter denen sie zur Anwendung kommen, zu neuen führen, die aber immer aus allgemeinen Grundsätzen zu entwickeln sind. Soweit nun ist die Grundlage des Geschäfts der Assignation eine durchaus civilistische. Handelsrechtlicher Gebrauch hat aber hierzu im Besonderen die schriftliche Form, — ohne jedoch diese für wesentlich zu betrachten — die Präsentation der Assignationsurkunde, schriftliche Acceptation, Avisbriefe und dergl., hinzugethan, und dann auch wohl allgemein die wesentliche Veränderung eingeführt, dass durch die Acceptation zwischen dem Assignaten und Assignatar eine eigenthümliche Obligation entstehe, vergl. Thöl a. a. O. S. 368. 2. und Günther im R.-Lexikon Bd. I. S. 327 ff. Somit ist denn eine kaufmännische Anweisung dem trassirten Wechsel sehr ähnlich geworden und von ihm nur durch die Wechselstrenge unterschieden. — Folgende Punkte bedürfen noch besondere Berücksichtigung: 1. Bekannt ist das Sprichwort: Anweisung ist keine Zahlung. Seine Bedeutung geht sowohl dahin, dass sich Niemand eine Anweisung anstatt

Assignatar, als gegen den Assignaten, so dass der letztere gegen den ersteren nicht, wie bei geschehener Cession und Denunciation, in ein festes Verhältniss tritt. Daher kann auch der assignirte Schuldner, wie der Assignat überhaupt, die Zahlung an den Dritten ablehnen. Dagegen ist er, sobald er in die Assignation gewilligt, so gut wie der Assignatar dergestalt an die Assignation gebunden, dass der erste dem zweiten zahlen, und dieser von jenem die Zahlung erheben und annehmen muss. Wiewohl nun letzterer durch die Annahme der Anweisung, wenn er etwas vom Assignanten zu fordern, und ihm dies durch jene hat gewährt werden sollen, nicht bezahlt wird, also, wenn die Anweisung nicht zu realisiren ist, seine Forderung gegen den Assignanten geltend machen muss, so darf er doch, gleich einem Mandatar, bei Erhebung der assignirten Summe sich keine Nachlässigkeit haben zu Schulden kommen lassen, diese würde sonst gegen ihn einen Kompensationsgrund abgeben. Nur ist der Begriff der Erhebung, wenn der Assignat Schuldner des Assignanten ist, hier überall nicht etwa von einer gerichtlichen Eintreibung dieser Forderung zu verstehen, so dass die Assignation die Cession, oder das Mandat zum Einklagen der Forderung zu vertreten vermögte; ist das beabsichtigt, so muss es besonders aufgetragen sein, und dann nähme das Mandat einen von der Assignation völlig verschiedenen Charakter an. Den Regeln vom Mandat gemäs löst sich endlich auch die Anweisung durch den Tod des Assignanten, des Assignaten oder des Assignatars.

§. 114.

Die auftragslose Geschäftsbesorgung.

Unberufenes Einmischen in fremde Angelegenheiten ist nicht gestattet; wer es sich anmaasst, wird dem Anderen daraus für jeden Nachtheil verantwortlich, während seine für letzteren vorgenommenen Handlungen diesen nicht binden [1], wenn er sie nicht etwa genehmigt [2].

I. Die Möglichkeit jedoch, dass Jemand in seinem Interesse nicht thätig werden kann, so namentlich wegen Abwesenheit oder Handlungsunfähigkeit, und dass

einer Zahlung aufnöthigen zu lassen brauche, s. c. 16. *de Solution.* als, dass der Assignatar, wenn er die Assignation angenommen, dieselbe aber nicht zu realisiren ist, dadurch nicht behindert werde, (wie, wenn er eine schlechte Forderung sich hat cediren lassen) anderweite wirkliche Deckung oder Zahlung zu fordern. Ein Verzicht auf diesen Regress liegt weder in der Annahme der Assignation ohne Vorbehalt, noch in der Quittung über die eigene Forderung. Vergl. Thöl a. a. O. §. 124. und die dort Gen. 2. Wenn jedoch ein Gläubiger eine Assignation annimmt, so ist darin wenigstens das Einverständniss zu finden, dass er auf Grund derselben zuvörderst Zahlung zu erlangen versuchen wolle, bevor er diese vom Schuldner fordere; denn das liegt hier offenbar in der Annahme des *mandati accipiendi*, und ohnedies wäre er ja gar nicht daran gebunden. Allerdings ist die Assignation nur als ein Versuch der Vermittelung der Zahlung zu betrachten, allein der Assignatar ist doch einmal darauf eingegangen, es auf ihn ankommen zu lassen. 3. Die an den Assignaten nothwendig zu geschehende Benachrichtigung des an ihn erlassenen Mandats zum Zahlen geschieht bei schriftlichen Assignationen nicht selten durch diese selbst in der Art, dass der Assignatar sie dem Assignaten präsentirt, und so dieser erst dadurch davon unterrichtet wird; hierbei sind sog. Avisbriefe, schriftliche Accepte auf der Anweisung und dergl. gebräuchlich geworden. 4. Dass die Assignation durch den Tod des Assignanten (*mand. solvendi*) erlösche, ist in fr. 108. *de Solut.* (wenn auch in Anwendung auf einen nach neuerem Recht unpraktischen Fall, s. Anm. [68]) gesagt; es versteht sich aber nach den Regeln vom Mandat überhaupt.

[1] Fr. 36. *de R. J.* vergl. Glück Komm. Bd. V. S. 316 ff.

[2] C. 9. *de Negotiis gestis.*

ein Anderer in der Absicht, dessen Bestes wahrzunehmen, sich der Angelegenheiten desselben annimmt, hat zu der Nothwendigkeit geführt, eine vertragsartige, dem Mandat analoge Obligation, als durch eine solche Geschäftsführung kontrahirt anzuerkennen [3]. Von welcher Art die besorgten Geschäfte seien, ist gleichgültig; sie können z. B. die Erhaltung oder Verbesserung der dem Geschäftsherrn gehörigen Sachen betreffen, oder auch nur deren Ueberbringung von einem anderen Ort her [4], die Vertheidigung seiner Interessen in einem Prozess [5], oder die Bezahlung von Schulden desselben [6], Gutsagen dafür [7], Aufnahme von Geldern zu demselben Zweck [8], Beauftragung Anderer mit der Besorgung fremder Angelegenheiten [9], Abschluss von Geschäften und Verträgen für den Anderen, von welchen man weiss, dass er sie wolle [10], und dergleichen mehr. Dass der Geschäftsbesorger unter solchen Umständen dem Anderen verantwortlich wird, in sofern er durch eine Besorgung seiner Angelegenheiten demselben Nachtheil zugefügt, oder in Folge dessen etwas in Händen und ihm herauszugeben hat, ist allerdings auch natürlich, so dass es gar nicht darauf ankommt, ob er sich dadurch wirklich hat verpflichten wollen [11]; das Eigenthümliche ist vielmehr die Möglichkeit der Entstehung von Gegenansprüchen an diesen Anderen, so dass er dem Geschäftsbesorger ähnlich wie der Mandant dem Mandatar verpflichtet werden kann, ohne etwas davon zu wissen, oder es zu wollen, dass seine Geschäfte von demselben besorgt werden [12]. Erforderlich ist dazu allerdings, dass der Geschäftsbesorger die Absicht, sich den Geschäftsherrn hierdurch zu verpflichten [13], und nicht blos aus Freundschaft oder Wohlwollen sich der Sache eines Anderen angenommen habe [14], oder dass er gar etwa dazu rechtlich verpflichtet sei [15], indessen wird jene Absicht dann immer als vorhanden betrachtet, wenn er nur weiss, dass er sich einer fremden Angelegenheit annimmt [16]; er wird

[3] Fr. 1. *de Negotiis gestis* (künftig *h. t.* citirt) und besonders fr. 5. pr. *de O. et A.* (s. noch Anm. [12]), der Fall der Abwesenheit des *dominus* wird als der gewöhnliche und auch wohl ursprüngliche in diesen Stellen allein genannt, doch kommen auch andere Gründe der Behinderung vor, so z. B. Unmündigkeit, fr. 6. pr. 37. pr. *h. t.* c. 2. *ej. tit.*, Wahnsinn, fr. 3. §. 5. *h. t.* oder dass der Interessent noch gar nicht geboren ist, fr. 29. *h. t.* Diese Lehre ist neuerlich Gegenstand vielfacher Bearbeitung, vorzüglich von Seiten der ihr zu Grunde liegenden rechtsphilosophischen und legislativpolitischen Ausgangspunkte geworden. S. Leist Civil. Studien H. II. Dankwardt über *neg. gestio*, Ruhstrat im Archiv Bd. 32. S. 173 ff. Bd. 34. S. 68 ff., dazu die Recens. über Leist's Schrift von Dankwardt und Stintzing in der Kritischen Zeitschrift, Heidelberg 1855. Bd. III. S. 155 ff. u. 163 ff. F. O. Köllner die Grundz. der *obl. neg. gest.* Gött. 1856, dazu Stintzing's Rec. in der Heidelb. Krit. Zeitschrift. Bd. IV. S. 227 ff. und wieder Ruhstrat in einer bes. Schrift, Oldenburg 1858, vorzüglich gegen Leist. Endlich B. Aarons Beitr. z. L. v. d. *neg. gestio* (1. Abtheil. Dogmengeschichte) Schwerin 1860. Es sind darin meist nur, zum Theil diametrale, Gegensätze hervorgetreten, die erst wieder Stoff zu einer neuen klärenden Bearbeitung liefern, deren positives Resultat für jetzt dahin gestellt bleiben muss.

[4] Vergl. fr. 6. §. 2. *h. t.*

[5] Fr. 1. 31. §. 7. *h. t.* s. Glück a. a. O. S. 328 f.

[6] Fr. 43. *h. t.* vergl. §. 103. Anm. [39].

[7] Fr. 46. §. 1. *h. t.*

[8] Fr. 6. §. 1. fr. 31. pr. *h. t.*

[9] Fr. 21. §. ult. *h. t.*

[10] Fr. 46. pr. und §. 1. *h. t.* fr. 48. — In der *funeraria actio* tritt eigentlich eine besondere Anwendung der *neg. gestio* auf die Leichenbestattung ein, indessen ist diese wegen der ihr eigenthümlichen Normen und der besonderen Verpflichtung gewisser Personen zum Ersatz als eine besondere Obligation in der dritten Abtheilung dieses Kapitels aufzuführen.

[11] Fr. 6. §. 3. *h. t.*

[12] Vergl. §. 1. *I. de Obl. quae quasi ex contr.* fr. 2. init. 41. *h. t.*

[13] Fr. 14. §. 1. (*verb. id ago, ut alium etc.*) fr. 29. pr. *Communi divid.*

[14] Fr. 4. 27. §. 1. fr. 34. 44. *h. t.*

[15] C. 13. *h. t.*

[16] S. die Stellen der Anm. [13].

freilich immer, auch wo es daran fehlt, aus der Geschäftsführung verantwortlich, nur ohne dann daraus Rechte zu erwerben[17].

In dieser Hinsicht sind folgende weitere Unterscheidungen von Wichtigkeit. War die Angelegenheit, welcher Jemand als einer vermeintlich fremden sich annahm, seine eigene, so kann natürlich von der Entstehung einer Obligation daraus keine Rede sein[18]. War es aber eine theils ihm, und theils einem Anderen zuständige, so entsteht eine solche zum Antheil des letzteren[19], jedoch mit der näheren Bestimmung, dass dies nur dann zutrifft, wenn eine Scheidung der Antheile möglich war, so dass er sich der fremden Angelegenheit neben der eigenen nicht nothwendig anzunehmen brauchte; war dagegen eine solche Trennung nicht möglich, so muss ein Gemeinschaftsverhältniss zwischen den betheiligten Personen bestanden haben, (s. §. 122.) wonach sich hier das Weitere gestaltet[20]. War umgekehrt die Angelegenheit, deren Besorgung Jemand in der Meinung, es sei seine eigene, übernahm, eine fremde, so kann er die Absicht, den Anderen sich zu verpflichten, nicht gehabt haben; es ist ihm daher nichts weiter übrig, als, wenn er etwa Verwendungen auf fremde Sachen gemacht und diese noch in Händen hat, wegen Ersatzes derselben ein Retentionsrecht auszuüben[21], wobei jedoch nur nothwendige Auslagen und wirkliche Verbesserungen in Anschlag kommen[22]. Nur dann, wenn Jemand eine fremde Schuld in der Meinung, es sei eine eigene, bezahlt, stellt sich die Sache darum anders, weil hierdurch der wahre Schuldner nicht befreit wird, jener also, wenn er später seinen Irrthum einsieht, die Zahlung als Nichtschuld zurückfordern könnte[23], und wenn er dies unterlässt, er nunmehr für den eigentlichen Schuldner handelt[24], indem dieser jetzt dadurch als von seiner Schuld befreit erscheint. Aus-

[17] Diese versteht sich von selbst, s. auch Anm. [11].

[18] Fr. 6. §. 4. *h. t.* fr. 1. §. 11. *Quando appell.*

[19] Fr. 6. §. 4. *h. t.* c. 3. *ej. tit.* c. 18. §. 1. *Famil. ercisc.*, nach der letzten Stelle ist nicht elektiv die *a. famil. ercisc.* und *negot. gestor.* rücksichtlich der auf eine gemeinschaftliche Erbschaft verwendeten Kosten, als zulässig zu verstehen, sondern je nach den bei der folgenden Anmerkung erwähnten Umständen diese oder jene.

[20] Fr. 40. *h. t.* fr. 18. §. 6. 7. *Famil. ercisc.* fr. 6. §. 2. *Communi divid.* fr. 78. §. 2. *de Contrah. emt.* s. vorige Anm. wegen c. 18. §. 1. *Famil. ercisc.*

[21] Fr. 14. §. 1. fr. 29. pr. *Communi divid.* fr. 48. *de R. V.* fr. 33. *de Cond. indeb.* Vergl. §. 91. S. 172. [a]). — Die obigen Fragen haben eine ausführliche Erörterung erfahren durch Kämmerer in der Zeitschrift Bd. VIII. Nr. 3. 6. 8., s. bei diesem die Widerlegung entgegengesetzter Ansichten älterer Juristen. Dort auch die reichhaltige Literatur dieser Kontroverse. S. jetzt auch H. Witte die Bereicherungsklagen, S. 35. gegen Vangerow, Chambon, Ruhstrat, Stintzing und Brinkmann, die im obigen Fall eine *a. neg. gest. contraria* gestatten.

[22] S. die beiden letzten Stellen der vorigen Anm.

[23] Fr. 38. §. 2. *de Solution.* Vgl. Kämmerer a. a. O. S. 144 ff. und 193. und s. folgende Anm.

[24] Diese Auffassung der Sache, welche m. W. zuerst Unterholzner a. a. O. S. 610. B. aufgestellt hat, scheint mir aus allgemeinen Gründen vollkommen gerechtfertigt. Dagegen scheint aber fr. 49. in f. *h. t.* zu sprechen, wo eine Zahlung *rerum propriarum legatarum* von Seiten eines vermeintlichen Erben als den wahren Erben befreiend anerkannt ist. Ueber diese Stelle vergl. besonders Kämmerer a. a. O. S. 180 ff. Nach der älteren Erklärung ist dieselbe von einer *hereditario nomine* geschehenen Zahlung zu verstehen (das. S. 185 ff.). Diese sucht Kämmerer (S. 189 ff.) zu widerlegen, und vorzüglich unter Verweisung darauf, dass hier der vermeintliche Erbe *res proprias legatas* entrichtet, und dadurch der wahre Erbe liberirt worden, die *neg. gest. a.* gewissermaassen zur Abkürzung gegen diesen, der sonst erst von jenem die Sachen hätte kaufen müssen, als gestattet nachzuweisen; also als noch eine Ausnahme von der Regel. Nur eine solche mehr würde also vorhanden sein, wenn diese Anschauung der Sache richtig wäre. Allein ich finde dabei immer den Beweis nicht geführt,

nahmsweise wird die Errichtung eines Denkmals für einen Erblasser dergestalt als ein erbschaftliches Geschäft betrachtet, dass, wenn es Jemand in dem Glauben, er sei Erbe, besorgt hat, dem nachher die Erbschaft vom wahren Erben entwunden wird, er auf den Grund einer geschehenen Geschäftsbesorgung Ersatz verlangen kann [25]. Dagegen wird der, wer eine fremde Angelegenheit in der Meinung besorgt, dass es eine eigene sei, auch da, wo er keine Ansprüche gegen den Anderen erlangt, immer soweit daraus diesem verpflichtet, als er daher etwas in Händen hat, und sich also bereichert befindet [26]. Ein Irrthum in der Person des Geschäftsherrn, für welchen man das Geschäft zu besorgen glaubt, hindert jedoch die Entstehung der Obligation gegen den wahren Interessenten nicht [27]; daher entsteht dieselbe immer gegen den Erben eines Nachlasses, in dessen Interesse man gehandelt hat, gleichviel wer Erbe werde [28].

Die Absicht nun, durch Besorgung der Angelegenheiten eines Anderen sich diesen zu verpflichten, muss ferner dadurch charakterisirt sein, wirklich zu dessen Besten und Nutzen zu handeln; dass der Geschäftsbesorger damit zugleich seinen eigenen Vortheil wahrnehme, und dies ihn überhaupt dazu bestimme, z. B. wenn es darauf ankommt, Vermögensstücke seines abwesenden Schuldners zu erhalten, ändert hieran nichts, vielmehr ist die Absicht, in jener Richtung zu handeln, allemal als vorhanden anzunehmen, sobald nur nicht die entgegengesetzte hervortritt, d. h. wenn sich der aufgetretene Geschäftsbesorger nur um eigenen Vortheils und Gewinnstes willen mit den Angelegenheiten des Anderen befasst hat. Doch entsteht in diesem Fall nicht gar keine Obligation, sondern auch hier wird der Geschäftsbesorger dem Geschäftsherrn unbedingt für allen Nachtheil verantwortlich, während letzterer dem ersteren nur soweit zu einem Ersatz verpflichtet wird, als er sich auf dessen Kosten bereichert befinden würde [29], mithin auch soweit die Geschäftsführung wirklich Vortheil gehabt hat. Dass aber überhaupt dem Geschäftsherrn die Besorgung seiner Angelegenheiten Vortheil gebracht haben müsse, ist im Allgemeinen nicht erforderlich, um die Obligation vollständig zu begründen, sondern es kommt nur darauf an, dass der Andere sich der Besorgung auf verständige und angemessene Weise unterzog, wenn auch der Erfolg dem nicht entsprochen hat, vor Allem also, dass die Handlung selbst als nöthig oder nützlich zu betrachten war [30]; zu der letzteren

warum der wahre Erbe hier befreit sein müsse, und *cond. indebiti* nicht Statt finden solle (S. 341 ff.), besonders in Betracht der c. 7. *de Cond. indeb.*; der ganzen Erklärung liegt eigentlich nur die Vermuthung zu Grunde, dass diese Bestimmung so getroffen sein möge, um einen unnützen Umweg zu vermeiden; was doch aber wieder gar nicht sicher feststeht, indem es sehr zweifelhaft ist, ob der Eigenthümer seine Sachen hingegeben hätte, wenn er gewusst, dass er nicht Erbe sei. Nach m. E. erklärt sich die Stelle, und zwar mit der Florent. Lesart *quandoque de*, in voller Uebereinstimmung mit dem Textsatz und fr. 38. §. 2. *de Solution.* so, dass die letzten mit diesen beginnenden Worte sagen: „vorausgesetzt, dass Befreiung des wahren Erben eintritt“, und diese tritt ein, wenn der vermeintliche Erbe nicht *indebitum* kondizirt, sondern es dabei bewenden lässt, nunmehr also dadurch für den ersteren *negotium gerit.* Andere Erklärungen s. bei und von H. Witte die Bereicherungsklagen S. 29 ff. Dessen Bedenken, S. 32., dass mit der diesseitigen Erklärung sich schwer bestimmen lasse, wann *actio nata* sei, kann ich nicht für gegründet erkennen, indem der Zeitpunkt offenbar mit der Aufklärung des bisherigen Irrthums eintritt.

25 Fr. 50. §. 1. *de H. P.*, s. dazu Kämmerer a. a. O. S. 177 ff.

26 Fr. 49. *h. t.*

27 Fr. 5. §. 1. fr. 6. §. 7. 9. fr. 45. §. 2. *h. t.*

28 Fr. 3. pr. §. 7. fr. 21. §. 1. *h. t.* Vergl. Glück a. a. O. S. 330 ff. S. noch fr. 12. 19. §. in f. fr. 20. *h. t.*

29 Fr. 6. §. 3. *h. t.* vergl. dens. S. 343 f.

30 Fr. 10. §. 1. fr. 12. §. 2. fr. 22. *h. t.* c. 10. *eod.*

Kategorie dürfen jedoch auch solche auf blossen Gewinn für den Geschäftsherrn berechnete Geschäfte und Unternehmungen gezählt werden, welche dieser als Gewerbe zu treiben pflegte [31]. Ist der Fall von der Art, dass, um eine vortheilhafte Wirkung herbeizuführen, der Geschäftsherr die bezügliche Handlung erst noch genehmigt haben muss, z. B. wenn der Andere Geld für denselben als ihm schuldig eintrieb, während er nichts zu fordern hatte, so wird erst damit die Obligation hergestellt [32]. Es können auch durch die Besorgung einer gewissen Angelegenheit die Interessen Mehrerer berührt sein, so dass mehrere Obligationen entspringen, z. B. durch die einer Mündelsache [33], wodurch man sowohl mit dem Mündel als mit dem Vormund obligirt werden kann, oder wenn sich unter den für Jemanden besorgten Geschäften die eines Anderen befanden, wofür jener diesem verantwortlich ist [34]; kommt es in solchem Fall zur Leistung dessen an den Einen, was auch der Andere, für jenen oder für sich fordern kann, so muss Sicherheit dafür geleistet werden, dass der Geschäftsbesorger nicht nochmals angegriffen werde [35].

Zur Möglichkeit der Entstehung dieser Obligation gehört endlich von Seiten dessen, für welchen ein Geschäft besorgt worden, dass er die Befassung damit dem Anderen nicht ausdrücklich verboten habe; thut dieser es dennoch, so erwirbt er daraus gar keinen Anspruch wider ersteren, auch wenn er die Geschäftsbesorgung vortheilhaft geführt hat, während er jenem nicht nur, wie es sonst möglich ist, daraus verantwortlich wird, sondern sogar für zufälligen Schaden einzustehen hat [36]. Hat umgekehrt der Geschäftsherr Auftrag zu der Geschäftsbesorgung ertheilt, so kommen die Grundsätze vom Mandat zur Anwendung [37], indessen tritt auch hierbei das Verhältniss auftragsloser Geschäftsführung als wirksam hervor, wenn die Grenzen des Auftrags überschritten worden sind [38], oder der Auftrag nicht als solcher geltend gemacht werden kann, mithin wenigstens jene Statt gefunden hat [39]. Auch ist es möglich, dass ausser dem Mandatar im Interesse des Mandanten ohne Auftrag noch ein Dritter thätig wird, und dieser entweder bezüglich des ersteren oder des letzteren als Geschäftsbesorger erscheint, je nachdem er mit Rücksicht auf diesen

[31] Fr. 11. *h. t.*

[32] Fr. 6. §. 9—11. *h. t.* s. noch c. 6. 19. *eod.*

[33] Fr. 6. pr. *h. t.* Vergl. nachher bei Anm. [40].

[34] Fr. 31. §. 1. *h. t.*

[35] Fr. 31. §. 1. *d.*

[36] Fr. 8. §. 3. *h. t.* fr. 40. *Mandati*, c. ult. *h. t.*; in der letzteren ist ein Streit unter den römischen Juristen darüber verneinend entschieden, ob nicht wenigstens die Kosten eines nützlich besorgten Geschäfts ersetzt verlangt werden könnten; die bis zum Verbot oder der Benachrichtigung davon aufgewendeten Kosten müssen aber ersetzt werden. Nach dieser Stelle pflegt häufig behauptet zu werden, dass das Verbot in einer besonderen Form geschehen müsse, ich halte dies mit Unterholzner a. a. O. S. 611. [5] für ebenso unrichtig, wie den Widerspruch Aelterer, welche die Billigkeit gegen die Konstitution geltend machen zu können glauben; vergl. Glück a. a. O. S. 340. [22]. Derselbe macht auch noch darauf aufmerksam, dass der Geschäftsherr auch handlungsfähig sein müsse, um ein solches Verbot erlassen zu können, — z. B. nicht ein Kind, betrunken u. s. w., und dass dieses selbst nicht aus *dolus* geflossen sein dürfe, wozu fr. 2. §. 17. und fr. ult. *Ne quid in loco publ.* und fr. 14. §. 13. *de Religios.* als Beispiele dienen. — Die Haftung für Zufall, nämlich rücksichtlich der dem *dominus* gehörigen Sachen, mit denen sich der *gestor* befasst hat, oder dessen, was für sein Geld angeschafft worden, u. s. w. schliesse ich aus fr. 11. *h. t.*, denn, wenn dieselbe schon dann eintritt, *si negotium fecit, quod absens non sit solitus facere*, so muss dies im Fall eines Verbots um so mehr zutreffen; s. auch fr. 8. §. 3. *h. t.* (*v. ut is qui prohibuit etc.*).

[37] Fr. 6. §. 4. *arg. e contr.* fr. 32. §. 1. *h. t.*

[38] Fr. 32. pr. *h. t.*

[39] S. fr. 21. §. ult. fr. 28. *h. t.* fr. 14. §. 15. *de Religios.* (wegen Unfähigkeit des Mandanten, ein gültiges Mandat zu ertheilen). Der Fall des fr. 3. §. 11. *h. t.* kann nur für den Formularprozess als von Bedeutung angesehen werden.

oder jenen hinzugetreten ist[40]. Die ausdrückliche Genehmigung einer bisherigen Geschäftsführung lässt den Geschäftsherrn in das Verhältniss eines Mandanten treten, während sich jedoch das des Geschäftsbesorgers nicht ändert[41]; auch liegt darin kein Verzicht auf die Ansprüche aus der Geschäftsführung[42]. Dass der Geschäftsbesorger geschäftsfähig sei, ist zur Entstehung dieser Obligation und namentlich seiner Verpflichtung gegen den Geschäftsherrn nicht erforderlich, doch haftet er, wenn er geschäftsunfähig ist, im Allgemeinen nur soweit er sich bereichert befindet, sobald er aber selbst aus der Geschäftsführung klagbar wird, ohne Beschränkung[42a]; der Geschäftsherr braucht auch nicht geschäftsfähig zu sein, um verpflichtet zu werden[43], indessen haften Unmündige und ihnen gleich zu achtende Personen wieder nur soweit, als sie sich aus der Geschäftsführung zu der Zeit, wo die Ansprüche gegen sie gerichtlich geltend gemacht werden, bereichert befinden[44].

II. Die rechtlichen Folgen der auftragslosen Geschäftsführung sind für den Geschäftsführer wie für den Geschäftsherrn im Ganzen analog denen aus dem Mandat für den Mandatar und den Mandanten, im Besonderen aber ist dabei auch darauf Rücksicht genommen, dass ein solches unberufenes Einmischen in Angelegenheiten eines Dritten, einmal, zu einer ganz besonderen Sorgfalt auffordert, andererseits aber, in sofern durch ein freiwilliges Hinzutreten ein sonst unvermeidlicher Schaden abgewendet wird, zu einer milderen, wie dort zu einer strengeren Beurtheilung geneigt machen muss. Es ist daher: 1. der Geschäftsbesorger verpflichtet, das einmal übernommene Geschäft mit grösster Sorgfalt zu führen[45] und nicht unbeendigt liegen zu lassen[46]. Sein Umfang ist durch die ursprüngliche Absicht des Geschäftsbesorgers bedingt, d. h. ob er eine bestimmte einzelne Besorgung oder mehrere einzelne vor Augen hatte, oder nicht, also im Allgemeinen sich der Angelegenheiten eines Anderen annehmen wollte; im ersten Fall genügt es, wenn er sich innerhalb des dadurch gezogenen Kreises hielt, im zweiten hat er auf alle sein Augenmerk zu richten, und sich aller gleichmässig anzunehmen[47]; jedoch soll er

[40] Fr. 6. §. 6. fr. 42. 46. pr. *h. t.* Vergl. vorher bei Anm. 33

[41] 1, Fr. 60. *de R. J.* 2, fr. 6. §. 9. fr. 9. *h. t.* fr. 50. pr. *Mandati.* Vergl. Glück a. a. O. S. 334 ff.

[42] Fr. 9. *h. t.*

[42a] Fr. §. 4. *h. t.* vergl. hierzu Glück a. a. O. S. 323. 72.

[43] S. Anm. 1 a. E.

[44] Fr. 6. pr. *h. t.* c. 2. *eod.* Das *locupl. factus esse* ist jedoch hier auch von Abwendung des ohnedies sicher eingetretenen Schadens zu verstehen, fr. 47. §. 1. *de Solution.*

[45] Fr. 11. *h. t.* c. 20. *eod.* §. 1. *I. de Obl. quae quasi ex contr.* c. 24. *de Usuris*, fr. 53. §. 3. *de Furtis*, fr. 23. *de R. J.* Der *Negot. gestor* haftet daher auch für unvorsichtige Auswahl seiner Mandatarien, fr. 21. §. ult. *h. t.*

[46] Fr. 17. §. 3. *Commodati*, nach fr. 31. §. 2. *h. t.* gehört bei der Prozessvertretung hierzu auch die Einlegung von Rechtsmitteln gegen ungünstige Erkenntnisse, so lange dergleichen zuständig sind.

[47] Fr. 15. 16. *h. t.* Es wird namentlich öfters hervorgehoben und mit verschiedenen Stellen zu belegen gesucht, dass der *neg. gestor* sich auch der mit dem einmal übernommenen Geschäft konnexen Angelegenheiten anzunehmen habe; s. z. B. Glück a. a. O. S. 369., in den Stellen ist das weder gesagt, noch daraus zu entnehmen; dem im Text enthaltenen Grundsatz sowie den allgemeinen Regeln zu Folge ist es zwar, jedoch nur soweit und dann, zuzugeben, wenn entweder die ursprüngliche Absicht mit darauf bezogen werden muss, oder wenn gewisse Sachen und Angelegenheiten nur für Zubehör und Bestandtheil eines ganzen Geschäfts zu erachten sind, welches also ohne Rücksicht auf sie nicht als vollständig erscheint, oder wenn durch die Besorgung selbst Veranlassung dazu herbeigeführt wurde, so dass es dem *neg. gestor* zum Vorwurf gereicht, wenn er sich um das nicht weiter bekümmert, was er durch seine Einmischung erst hervorgerufen hat, und in Betreff dessen weitere Thätigkeit nöthig wird, um Nachtheile abzuwenden.

dort auch dann für andere Angelegenheiten haften, wenn durch seine Einmischung ein Anderer sich deren anzunehmen abgehalten worden ist, und ein sorgfältiger Mann auch sie nicht ausser Acht gelassen haben würde[48]. Hiermit hängt namentlich auch die Verpflichtung für ihn zusammen, das, was er selbst dem Geschäftsherrn schuldet, zu vereinnahmen, sobald es zahlbar geworden, und widrigen Falls Verzugszinsen davon zu zahlen[49], und die Gelder, welche er in Händen behält, nach Abzug seiner Verläge zu verzinsen[50], vorausgesetzt, dass den Umständen nach anzunehmen ist, dass der Geschäftsherr sie auf Zinsen ausgethan haben würde[51]. Doch können besondere Umstände Ausnahmen hiervon herbeiführen, nämlich wenn überwiegende Gründe dazu bestimmen mussten, das Geld zu anderen Zwecken aufzubewahren, z. B. um gekündigte Hypothekschulden zu bezahlen[52]. Ferner, dass, wenn der Geschäftsbesorger in den Besitz einer Sache des letzteren gekommen ist, und diese ersessen hat, er dieselbe herausgeben muss, weil er es nicht dazu hätte kommen lassen sollen[53]. Zur Anstellung von Klagen gegen andere Schuldner ist er aber nicht gehalten, es geht ihm vielmehr dazu die Befugniss ab[54]. Ueber die Grenze des höchsten Grads der Achtsamkeit hinaus, d. h. für zufälligen Nachtheil haftet der Geschäftsbesorger ausser dem schon vorher gedachten Fall, wenn er sich einem erlassenen Verbot zuwider eingemischt hat, dann, wenn er eine neue Unternehmung, in anderer Art und Weise als der Geschäftsherr seine Geschäfte zu führen pflegte, gemacht hat[55]; hier hat er allen Schaden zu tragen, während der Gewinn dem Geschäftsherrn zu Theil wird, doch soll, wenn mehrere Geschäfte gemacht werden, ersterer vom letzteren abgezogen werden dürfen. Ist dabei eine Verbindlichkeit eingegangen worden, so gestaltet sich die Sache so, dass er nun daraus Schuldner ist, ohne an Jemanden den Regress nehmen zu können[56]. Umgekehrt dagegen nur für Culpa lata haftet der Geschäftsbesorger dann, wenn er sich der Sachen eines Anderen unter Umständen angenommen hat, wo dieselben ohne seinen Zutritt verloren oder sonst Schaden und Verluste unvermeidlich gewesen wären[57]. Endlich ist, wie schon unter Nr. 1. berührt wurde, Derjenige, welcher in dem Glauben gewesen ist, eine eigene Angelegenheit zu führen, nur soweit verpflichtet, als er sich dadurch bereichert befindet[58]. — Von seiner Geschäftsführung

[48] Fr. 6. §. 12. *h. t.* (fr. 17. §. 3. *Commodati*). Die Kombination dieser beiden Erfordernisse ist etwas dunkel, indessen doch, wie die Stelle nun einmal lautet, eine Häufung beider anzunehmen.

[49] Fr. 6. §. 12. fr. 38. *h. t.*, aus der *neg. gestio* entsteht daher auch eine besondere Klage auf Zahlung der Schuld, aus welcher der *gestor* noch dann haften kann, wenn er von der ursprünglichen Schuldklage *tempore liberatus est*, fr. 8. pr. *h. t.*

[50] Fr. 31. §. 3. *h. t.* (s. noch fr. 19. §. 4. *h. t.*).

[51] Fr. 13. §. 1. *de Usuris*, so glaube ich diese Stelle in Verbindung mit der vorigen verstehen zu müssen und zu dürfen.

[52] S. Fr. 13. *h. t.*

[53] Fr. 19. §. 3. *h. t.*

[54] Fr. 6. §. 12. *h. t.*; eine Ausnahme erkennt fr. 8. pr. *eod.* für die an, *a quibus mandat.* (zum Klagen) *non exigitur.* Fr. 31. §. 2. *eod.* dagegen mögte schwerlich noch praktischen Werth beigelegt erhalten können.

[55] Fr. 11. *h. t.* von selbst versteht sich, dass er dafür auch dann haftet, wenn er die Gefahr nachher vertragsweise besonders übernahm, c. 22. *h. t.* Glück a. a. O. S. 365 ff. erklärt diese Stelle davon, dass der *neg. gestor* einem dritten die Besorgung übertragen und von diesem die Vertretung des *casus* ausbedungen habe; diese Erklärung halte ich für weniger gelungen. Wegen ausgeliehener Kapitalien s. fr. 37. §. 1. *h. t.*

[56] S. auch fr. 6. §. 3. *h. t.*

[57] Fr. 3. §. 9. *h. t.*; zufolge der Analogie glaube ich diese nur vom Verlust der Sachen handelnde Stelle auch auf Schaden überhaupt ausdehnen zu dürfen.

[58] Fr. ult. *h. t.*

hat der Geschäftsführer, wie ein Mandatar, Rechnung zu legen[59], und dabei hat er Alles, was er für den Geschäftsherrn vereinnahmt und empfangen hat, herauszugeben[60], auch soweit derselbe darauf keinen Anspruch hatte[61], und die für ihn erworbenen Forderungen ihm abzutreten[62]. — Der Tod des Geschäftsherrn führt keine Beendigung der Geschäftsführung herbei, vielmehr hat der Geschäftsbesorger demungeachtet die übernommene Besorgung weiter fortzuführen; neuen braucht er sich aber nicht zu unterziehen[63].

2. Der Geschäftsherr ist, wie der Mandant dem Mandatar, verpflichtet, vor Allem dem Geschäftsführer die wirklich nöthig gewesenen oder geschienenen Auslagen zu ersetzen[64]; eine bezahlte Nichtschuld kann daher nicht ersetzt verlangt werden[65]. Was darüber hinaus von demselben aufgewendet worden, kann er, wenn es sich trennen lässt, zurücknehmen, widrigen Falls verliert er es[66]. Für seine Auslagen und Vorschüsse kann er, wie der Mandatar, auch Zinsen berechnen[67]; er kann ferner Befreiung von den im Interesse des Geschäftsherrn übernommenen Lasten[68], oder Sicherung gegen daher drohende Nachtheile verlangen[69]. Alle diese Ansprüche fallen dann weg, wenn der Geschäftsführer die Besorgung nicht in der Absicht übernahm, an den Anderen daraus Ansprüche erheben zu wollen, (s. vorher bei Anm. 14.) und wenn ein Dritter bereit war, dieselbe auf seine Kosten zu übernehmen[70].

C. *Obligationen aus gegenseitigen Verträgen und ähnlichen Verhältnissen.*

§. 115.

Der Tauschkontrakt.

Tausch ist im Allgemeinen der Wechsel von Leistungen, beziehungsweise von Vermögensstücken zweier Personen, so dass jedes das Aequivalent des anderen ist[1]; Tauschverträge also sind alle die, vermöge deren eine gegenseitige Verpflichtung dazu eingegangen wird. Den möglichen Gegenständen der Obligationen entsprechend, ist die Mannigfaltigkeit des Inhalts der Tauschgeschäfte unendlich, der Tausch selbst aber die Grundlage der grossen Mehrzahl der eigentlichen Rechtsgeschäfte[2]. Mit der bestimmteren Ausbildung einzelner Arten dieser letzteren haben

59 Fr. 2. *h. t.* §. 1. *I. de Obl., quae quasi ex contr.*

60 Fr. 2. 19. §. 4. *h. t.*

61 Fr. 8. §. 1. fr. 23. *h. t.*

62 Fr. 48. *h. t.*

63 Fr. 21. §. 2. *h. t.*

64 Fr. 2. 25. 27. 31. §. 7. fr. 45. pr. *h. t.* Die zweite dieser Stellen versagt das *plus quam oportet impensum*, die dritte die *sumtus nulla re urgente, sed voluptatis caussa factos;* die erste und letzte lässt die Forderung dessen, *quod utiliter impenderit*, zu, die vierte *sumtus necessarios et probabiles.* Dass nun blosse *utiles impensae* hiernach ersetzt verlangt werden könnten, lässt sich besonders dem fr. 27. *d.* gegenüber, wo die *sumtus quasi re meliore facta* versagt werden, nicht behaupten; fr. 31. §. 7. *d.* glaube ich daher davon verstehen zu müssen, wenn gewisse Kosten nöthig schienen, wodurch also der Aufwand gerechtfertigt war.

65 Fr. 23. *h. t.*

66 Nach Analogie der *impens. volupt.*, die sich hier auch auf die *utiles* ausdehnt.

67 Fr. 19. §. 4. *h. t.* c. 18. *eod.*; unbedenklich wird dieselbe Beschränkung wie bei Anm. 56 des vor. §. auch hier zur Anwendung zu bringen sein, s. auch vorher bei Anm. 51.

68 Fr. 2. 28. *h. t.*

69 Das kann wenigstens u. U. ein Mittel sein, zu demselben Zweck zu gelangen.

70 C. 2. *h. t.*

1 Vergl. §. 96. Anm. 25 in d. Mitte, und §. 97. S. 282. z. A.

2 Man hat neuerlich nicht selten diesem Begriff, wie dem der Schenkung aus blos methodisch-systematischen Gründen eine so weite Ausdehnung gegeben, dass beinahe alle Ver-

sich besondere Begriffe derselben, und eigenthümliche Kennzeichen dieser je nach dem Inhalt der gegenseitigen, auszutauschenden Leistungen festgestellt, wie z. B. Geld gegen Sachen (Kauf), Geld gegen den zeitigen Gebrauch einer Sache oder gegen Leistung von Diensten (Miethe), in welche die allgemeinen Grundzüge der Tauschverträge aufgegangen sind. Nur soweit dies nicht geschehen, haben letztere ihre ursprüngliche Eigenthümlichkeit behalten. Das ist nun mit einem Wort überall da der Fall, wo der Begriff des Preises für keine der gegenseitigen Leistungen ausschliesslich in Anspruch genommen werden kann, sondern er für jede passt[3].

träge überhaupt unter die Rubrik der Tausch- und Schenkungsverträge gestellt worden sind; vergl. Gans System des röm. Civ.-R. S. 66 ff. 72 ff. Der Misverständnisse, die hieraus entspringen müssen, zu geschweigen, ist diese Abstraktion auch durchaus unfruchtbar für das System. Mag immerhin der der Ausdehnung der Tauschverträge zu Grunde liegende allgemeine Gedanke richtig sein, (die Anwendung des Begriffs der Schenkung in dieser Verbindung ist aber sogar offenbar falsch, denn so z. B. wird das Darlehn als unentgeltliches „Leihen" aufgezählt, während dabei doch *ex meo tuum fit*,) so kann ich ihm im System doch keinen anderen Einfluss einräumen, als den, welcher im Text hervortritt, also nur zu dem Behuf, um den Tauschvertrag im eigentlichen und engeren Sinn, wo er als eine besondere Art neben anderen Verträgen erscheint, darin bestimmter von den Tauschverträgen im Allgemeinen zu unterscheiden, wo er mit diesen seinem wesentlichen Bestand nach zusammentrifft. S. noch folg. Anm.

[3] Fr. 1. pr. *de Rerum permut.* (künftig *h. t.* citirt.) Das Verhältniss des reinen R. R. zum heutigen in Betreff des Tauschens ist dieses. Der Tausch im weiteren Sinn kommt als besondere Art von Geschäft nur in der Form der Innominatkontrakte vor, und zwar nach dem Schema *do ut des*, *ut facias* u. s. w., vergl. §. 96. Anm.[3] S. 237. s. fr. 5. §. 1. *de Praescr. verb.* fr. 1. §. 2. u. c. 3. *h. t.* (Die Streitereien älterer Juristen, ob die *permutatio* nach R. R. eigentlich oder immer ein ungenannter Kontrakt sei, vgl. Glück Bd. XVIII. S. 112 ff., sind völlig unfruchtbar.) Vergl. *Erxleben de Contr. innom.* §. 21. Das Wesen des Tausches aber erscheint auch für andere Geschäfte in der Gestalt der *caussa* derselben, s. §. 96. Anm. [25] S. 257. Im Besonderen ist der im Kauf liegende Austausch ausdrücklich in dem bei *Gaius* II. §. 141. u. §. 2. *I. de Emtione vend.* mitgetheilten Rechtssprichwort: *per permutationem rerum emtion. et vend. contrahi*, anerkannt, was die Sabinianer zu einer Vermischung beider Institute bewog, indem sie den Tausch nur für eine, und zwar die älteste Art des Kaufs hielten, (den er freilich ursprünglich vertrat, fr. 1. pr. *de Contrah. emt.*) während die Prokulianer die Nothwendigkeit der Unterscheidung behaupteten, eine Meinung, welche später die Oberhand gewann, und von Justinian ausdrücklich gutgeheissen ist, §. 2. *I. eod.* s. auch fr. 1. pr. *h. t.* fr. 5. §. 1. *de Praescr. verb.* c. 7. *h. t.* Dieses an sich unleugbare in den Innominatkontrakten begriffene allgemeine obligirende Element ist jedoch aus formellen und prozessualischen Gründen im R. R. nicht in dieser Weise, und namentlich also das in ihnen wirklich enthaltene Gegenseitige nicht als normale Grundform der gegenseitigen Verträge aufgestellt worden, sondern es hat hier das Institut der benannten Kontrakte sich vor jenen geltend gemacht, und im Besonderen der Kauf, und später erst sind die Innom.-Kontrakte als diesem und anderen gegenseitigen Verträgen analog anerkannt worden, fr. 1. pr. *de Aestim.* fr. 2. *de Permut.* fr. 5. 6. 13. §. 1. fr. 16. pr. 22. *de Praescr. verb.* Vergl. Pfordten Abhandl. S. 318 f. Nachdem nun in der Anwendung des R. R. in Deutschland die ehemaligen Innom.-Kontr. den römischen Konsensualkontrakten gleich geworden sind, so kann überhaupt die Frage entstehen, ob in der Reihe der einzelnen Arten der gegenseitigen Obligationen der Tauschverträge im Besonderen zu gedenken sei? Es erscheint jedoch zuvörderst wenigstens die *permutatio rerum* schon im R. R. als ein benannter Kontrakt, wenn auch von der Natur der unbenannten, und mit *praescr. verbis a.* Da nun ferner diejenigen besonderen für den Tausch in dieser engsten Bedeutung geltenden Regeln unverändert fortgelten müssen, welche nicht in den römischprozessualischen Verhältnissen wurzeln, und dadurch, dass der Tausch jetzt wie ein Konsensualkontrakt erscheint, keineswegs etwa der Tausch von Sachen schlechthin dem Kauf gleich betrachtet, sondern namentlich auch das, was diesem als *jus singulare*

Von diesen Verträgen lässt sich im Allgemeinen nur sagen, dass sie mit der Uebereinstimmung der Kontrahenten perfekt sind, und die beiderseitigen Verpflichtungen daraus sich in Gemäsheit der allgemeinen Grundsätze von gegenseitigen Verträgen (s. §. 97. Nr. II.), und sodann nach den besonderen Bestimmungen und Beabredungen in den konkreten Fällen regeln[4]. Nur in sofern der Inhalt des Tausches von einer oder von beiden Seiten her aus Sachen besteht, also ein Tausch im eigentlichsten und engsten Sinn und in dem des gemeinen Lebens vorhanden ist, kommen für die Obligation dazu gewisse besondere Regeln zur Anwendung, welche, während jene, wegen der nahen Verwandtschaft des Tausches in diesem Fall mit dem Kauf von Sachen, der aus diesem Kontrakt im Ganzen analog zu beurtheilen ist[5], dieselbe gerade in den Unterscheidungspunkten näher charakterisiren. Vor Allem ist jedoch zur Unterscheidung dieses Tauschkontrakts vom Kauf noch zu bemerken, dass jener bei geschehenem Austausch von Sachen um einander keineswegs immer nothwendig mit allen seinen rechtlichen Folgen anzunehmen ist, sondern dass auch die ursprüngliche Absicht dazu von beiden Seiten her gehört, tauschen und nicht verkaufen zu wollen. Hat daher Jemand eine Sache feil zum Verkauf, und es bietet ihm dafür ein Anderer eine andere Sache, so ist, wenn man handelseins wird, dieses Geschäft ein Kauf, wäre auch die letztere nicht zu einem gewissen Preis veranschlagt worden; denn es lässt sich hier für die erstere der Begriff der Waare, und für die zweite der des Preises erkennen[6]. Ebenso, wenn man beim Kauf über den Preis einig geworden, und nachher statt dessen eine Sache gegeben worden ist[7]. Die eigenthümlichen Voraussetzungen und Wirkungen des Tausches aber sind diese: 1) es ist nothwendig, dass an den getauschten Sachen für den Empfänger Eigenthum entstehe, die aus dem Kontrakt entspringende Verpflichtung also ist nur erst dann erfüllt, wenn dieses geschieht, und es genügt dazu nicht, wie beim Kauf, die Uebernahme der Verpflichtung von Seiten des Gebers, dass kein Dritter

eigenthümlich war, nicht auf jenen übertragen werden kann, (s. Anm. [8] und ff.) so ist für diese Anwendung des Tauschvertrags die Nothwendigkeit auf allen Fall gegeben, ihn als einen besonderen darzustellen. Und da endlich derselbe von den übrigen Anwendungen, soweit deren Erwähnung geschehen muss, nicht getrennt werden kann, (s. im Text nach dem Notenzeichen,) und der allgemeine Charakter des Tausches auch als Grundlage aller gegenseitigen Verträge, welcher im R. R. durch prozessualische Einflüsse gebunden war, jetzt vollständig hervorgetreten ist, so gebieten es systematische Gründe, unter Bezug auf diesen, den Tauschvertrag sogar an die Spitze der gegenseitigen Verträge zu stellen, indem die übrigen besonderen Formen derselben nun als eine weitere Ausbildung des ersteren erscheinen. — Jeden inneren Grund zu einer Unterscheidung des Tausches vom Kauf in seinen rechtlichen Wirkungen leugnet Koch, das gem. u. preuss. Obl.-R. Bd. III. S. 690., ohne jedoch einen Gesichtspunkt zu eröffnen, von dem aus die Verschiedenheiten verschwinden.

[4] Anwendungen der mannigfaltigsten Art hiervon, für welche die *praescr. verbis a.* als Rechtsmittel besteht, s. fr. 5. (tot. bes. §. 4.) 6. 7. *de Praescr. verb.*

[5] Fr. 2. *h. t.* (fr. 62. *de J. D.*) c. 2. *h. t.* Im Besonderen besteht beim Tausch eine gleiche Verpflichtung, wie beim Kauf, wegen Entwährung oder Mängel der zu gewährenden Eigenschaften der getauschten Gegenstände, fr. 1. §. 1. fr. 2. *h. t.* fr. 19. §. 5. *de Aedil. Ed.* c. 29. *de Eviction.* (Nach R. R. bestand elektiv die *cond. caussa data etc.* auf Rückgabe der eigenen schon hingegebenen Sache.) Auch die Rescission des Tausches wegen Verletzung über die Hälfte ist in der Praxis als statthaft anerkannt worden, und zwar spricht dagegen nicht das geringste Bedenken, sondern es ist die Anwendung dieses Princips auf ein ganz analoges Verhältniss völlig gerechtfertigt, vgl. Mühlenbruch §. 407. a. E. und die dort Gen. und Unterholzner a. a. O. S. 304. Nr. 4. O. Bähr im Arch. f. prakt. R.-W. Bd. VII. S. 67 ff.

[6] C. 1. *h. t.* vergl. Marezoll in d. Zeitschrift Bd. I. S. 464 ff.

[7] Fr. 21. §. 4. *de A. E.* c. 9. *de Rescind. vend.*

die Sache dem Empfänger wieder abfordere[8]. 2) Das Eigenthum geht sofort mit Uebergabe der Sache auf den Empfänger über, ohne dass es erst noch auf dessen Gegenleistung ankäme[9]. 3) Die durch den Kauf bedingten Rechte Dritter, wie z. B. ein Vorkaufsrecht, können beim Tauschkontrakt nicht ausgeübt werden[10].

Im Besonderen ist hierbei endlich noch des Geldwechsels zu gedenken, welchem sowohl die Auffassung eines Tausches, als die eines Kaufs abgewonnen werden kann, bei welchem die gesuchte (oder ausgebotene) Geldsorte als Waare erschiene. Die erstere scheint dann mehr für sich zu haben, wenn die Auswechselung nach dem gesetzlichen Werth der beiderseitigen Münzsorten geschieht; die letztere dann, wenn der Handelswerth der gesuchten, also nach Umständen eine verhältnissmässig grössere Summe gegeben wird, um gerade die fragliche Geldsorte zu erlangen. Praktische Verschiedenheiten werden wegen der Natur des Gelds und seines leichten Verbrauchs nicht leicht, und nur etwa in dem obgedachten Punkt hervortreten, wo unter Umständen die Vindikation von Wichtigkeit sein kann[11].

§. 116.

Der Kaufkontrakt.

Der Kaufkontrakt ist der Vertrag, vermöge dessen der eine Kontrahent dem anderen verspricht, gegen eine bestimmte Geldsumme, den Preis, eine Sache (die Waare) zu übergeben, damit sie ihm gehörig werde, oder ihm ein Recht zu bestellen oder zu übertragen; er umfasst also das Verkaufen auf der einen, und das Kaufen auf der anderen Seite, und darum stehen die gegenseitigen Leistungen im unmittelbarsten Bezug zu einander[1]. Dieser Kontrakt, als einer der häufigsten und

[8] Fr. 1. pr. §. 3. *h. t.* fr. 28. *de Contr. emt.*; allerdings steht das hier zunächst in Verbindung mit dem Begriff des *dare* bei den Innom.-Kontr. Da indessen diese Nothwendigkeit mit dem Begriff des Tausches (*permut. rer.*) in unmittelbarer Verbindung gedacht ist, und dieser durch die Aufhebung der den Innom.-Kontr. eigenthümlichen Wirkungen und prozessualen Möglichkeiten nicht als nothwendig geändert angesehen werden kann, vielmehr die Absicht der Uebertragung des Eigenthums, wenn der weggebende Tauschkontrahent selbst Eigenthümer ist, oder sich dafür hält, keinem Zweifel unterliegen kann, sobald nur nicht ausdrückliche Beschränkungen hinzugefügt sind, so muss sie nach wie vor dem Tausch vermöge seines Begriffs als eigenthümlich angesehen werden. Dass etwas Anderes ausgemacht werden könne, unterliegt keinem Zweifel; die Frage, ob dann noch ein Tausch im engsten Sinn mit einer modifizirenden näheren Bestimmung vorhanden sei, oder im weiteren Sinn, kann zu keinem praktisch verschiedenen Resultat führen.

[9] Dies versteht sich an sich von selbst, und das Gegentheil beim Kauf ist nur etwas Singuläres, s. folg. §. Anm. [43]; auch ergiebt es die im R. R. Statt findende *condictio caussa data etc.* Die fortdauernde praktische Bedeutung dieser Bestimmung kann also gar keinem Zweifel unterliegen; der Geber hat wider den anderen Kontrahenten nur die Klage auf Erfüllung, (nach R. R. auch das *jus poenitendi* mit *cond. caussa data etc.*), wenn er sich nicht, von jenem vor der Uebergabe angegriffen, mit der *exc. non adimpleti contr.* gedeckt hat. — Wegen der Tragung der Gefahr hingegen ist es jetzt beim Tausch ebenso, wie beim Kauf, s. §. 106. Anm. [38].

[10] Manche sind hier rücksichtlich des Retrakts a. M. s. Glück Komm. Bd. XVI. S. 160 ff. und die dort Gen.

[11] Vergl. Glück Komm. Bd. XVIII. S. 191 ff. Göschen Vorles. §. 491. a. E. Ueber Geld als Gegenstand des Kaufs vergl. noch Heyer in der Zeitschrift N. F. Bd. XV. S. 42 ff. gegen Vangerow, der das leugnet.

[1] Die Römer haben für Kauf bekanntlich das zusammengesetzte *emtio venditio*, indessen ist auch jeder dieser beiden Ausdrücke für das ganze Geschäft gewöhnlich, s. z. B. die Titelüberschrift und fr. 1. §. 1. 2. fr. 2—4. 7. 8. 15. pr. 34. pr. *de Contrahenda emtione* (künftig *h. t.* citirt); nach fr. 19. *de A. E.* soll in früheren Zeiten sogar ein vermischter Gebrauch beider Statt gefunden haben; s. übrigens wegen noch allge-

wichtigsten für den Rechtsverkehr, ist in seinen Erscheinungen wie in seinen Wirkungen sehr mannigfaltig ausgebildet. Das gesammte Material ordnet sich unter die folgenden Hauptgesichtspunkte.

I. Die Perfektion, oder der vollständige Abschluss des Kaufkontrakts, tritt mit der Uebereinstimmung zwischen Verkäufer und Käufer über die gegenseitigen Leistungen, den Gegenstand des Kaufs und den Preis und seinen sonstigen konkreten Inhalt ein [2]. Während nun in der Regel von Anfang an die Absicht beider Kontrahenten zwar auf einen und denselben Gegenstand gerichtet ist, ist es mit dem Preis und den sonstigen Nebenbestimmungen nicht so, sondern hierüber, und namentlich über den Preis pflegt häufig erst länger hin- und hergehandelt zu werden, ehe es zur Uebereinstimmung kommt [3]. Die Perfektion erleidet aber: 1) ungeachtet sonstiger Uebereinstimmung dann einen Aufschub, wenn der Abschluss des Kaufs noch davon abhängig gemacht ist, dass der Gegenstand dem Käufer nach vorgängiger Besichtigung oder Prüfung zusage (Kauf auf Besicht, oder auf Probe); alsdann entscheidet die demgemäs geschehende Erklärung über den Bestand des Handels [4]. 2) Ein ähnlicher Aufschub tritt ferner dann ein, wenn eine Anzahl oder

meinerer Bedeutung von *emtio* Glück Komm. Bd. XVI. S. 6.[9], sowie auch über verschiedene Auslegungen der letzten Stelle. Der Begriff der Waare dient hier als ein Unterscheidungsmerkmal für den Kauf im Gegensatz zu anderen Geschäften, namentlich dem Tausch, s. fr. 1. pr. *de Permut.*, indem beim Kauf *pretium* und *merx* gegen einander ausgetauscht werden, bei dem Tausch aber nicht gesagt werden kann, welcher Gegenstand das eine, und welcher das andere sei. Während nun *merx* eigentlich von beweglichen Sachen zu verstehen ist, fr. 66. *de V. S.* (vergl. Anm. [13] z. A.) hat dagegen „Waare" auch noch die bestimmtere Anwendung auf Gegenstände des kaufmännischen Verkehrs, und so hat denn der Waarenhandel eine mannigfaltige besondere Ausbildung erfahren, welche dem Handelsrecht angehört. Vergl. Thöl Handelsr. §. 63 ff. Einzelnes wird gelegentlich erwähnt werden. Die Grundlage ist übrigens überall civilistisch.

[2] §. 3. *I. de Emt. vend.* fr. 2. pr. *Locati*, wenn hier nur der Uebereinstimmung des Preises gedacht ist, so ist die über den Gegenstand stillschweigend als sich von selbst verstehend vorausgesetzt, denn s. fr. 8. pr. *h. t.* und überhaupt fr. 9. pr. *eod.* u. fr. 8. pr. *de Periculo et commodo rei vend.* Bei bedingt abgeschlossenen Käufen gelten die gewöhnlichen Grundsätze, s. §. 97. I. 1. s. auch fr. 6. §. 2 *h. t.* Das fr. 7. pr. *eod.* ist von dem Zeitpunkt der Möglichkeit zu verstehen, den Kaufkontrakt geltend zu machen, s. auch die letzten Worte dieses pr.

[3] Vergl. c. 8. *de Rescind. vend.* In sofern hierdurch denn auch erst die Perfektion eintritt, ist also dazu erforderlich, dass der Preis auch schon wirklich bestimmt sei, §. 1. *I. h. t.* c. 15. *h. t.* vergl. Anm. [39].

[4] Fr. 34. §. 5. *h. t.* fr. 1. pr. 4. pr. §. 1. *de Periculo et commodo.* In diesen Stellen ist nur vom Kosten die Rede, unbedenklich aber ist dasselbe von jeder anderen Art der Prüfung zu verstehen, und so denn auch von der Besichtigung, vergl. Glück Bd. XVII. S. 166 f. Auch handelt §. 4. *I. de Emt. vend.* von einem Kauf, *si tibi placuerit servus*, s. auch noch die nachher citt. Stellen. Die zweite Stelle giebt zu der Frage Veranlassung, wie es komme, dass hier, ungeachtet kein Auskosten bedungen worden, und der Verkäufer die Gefahr ohne Beschränkung der Zeit übernommen, der Kontrakt erst dann perfekt sein solle, *cum fuerit degustatum?* Gewiss ist hierbei aber anzunehmen, dass allerdings dies ausbedungen war, denn ohnedies wäre diese Bestimmung ganz unbegreiflich, s. Glück S. 159. Eine andere Erklärung der Stelle s. bei Vangerow S. 415. Das *degustare* nun ist, wenn kein Termin dazu bestimmt worden, ganz in das Belieben des Käufers gestellt, (fr. 4. §. 1. *d.*) doch kann es keinem Anstand unterliegen, dass der Verkäufer darauf klagen, und alternativ Aufhebung oder Erfüllung des Handels fordern, und der Richter also einen Termin bestimmen kann, s. Thöl Handelsr. S. 226. Nicht minder kann aber der Verkäufer den Käufer auch aussergerichtlich unter der Androhung *ad degust.* auffordern, dass er sonst anderweit über die Sache disponiren werde, denn das folgt aus den allgemeinen Grundsätzen vom Verzug durch Angebot in diesem Fall, vergl. dens. S. 226. b. nach Heise und Cropp Abhandl. Bd. I. S. 198 f., indessen pas-

Masse solcher Sachen, welche zugezählt, zugemessen oder zugewogen zu werden pflegen, nach Zahl, Maas oder Gewicht verkauft worden ist, nämlich bis dahin, wo dieses geschehen sein wird; der Kauf wird dann wie unter der näheren Bestimmung als errichtet angesehen, als werde er erst auf jede einzelne Quantität, welche zugezählt oder zugemessen wird, abgeschlossen, also mit dem Augenblick, wo dies geschieht[5]. Natürlich aber ist das Geschäft hier soweit bindend, dass sich kein Kontrahent dem Zuzählen, Zumessen u. s. w. widersetzen und entziehen darf, m. a. W.

sen dazu nicht die von diesen cit. Stellen, fr. 122. §. 2. und fr. 135. §. 2. *de V. O.*, sondern fr. 1. §. 3. *de Periculo et commodo*, u. a. s. §. 93. Anm. [103] u. [106]. Dass dagegen, wie die meisten wollen, wenn der Käufer mit der *degustatio* säume, das *periculum* auf ihn übergehe, ist unrichtig, denn es besteht dazu für ihn keine Verpflichtung; s. auch Vangerow Leitf. Bd. III. S. 414. [6. Ausg. S. 452.] Uebrigens ist der Käufer mit seinem Geschmack dabei dem Urtheil irgend eines Anderen durchaus nicht untergeordnet, denn das lässt sich neben den Worten, *gustus ad hoc proficit, ut improbare liceat*, nicht vertheidigen, indem diese ein ganz individuelles Urtheil zulassen. S. Heise und Cropp Abhandl. Bd. I. S. 188. 197. Thöl Handelsrecht §. 71. Anm. [1]. Auch ist durchaus eine positive Erklärung nach der Probe oder Besichtigung erforderlich, und ohne jene ist aus dieser nichts zu schliessen, s. Cropp a. a. O. S. 415. In §. 4. *I. d.* ist der Kauf mit der Bevorwortung: *si placuerit tibi servus emtus intra certum tempus*, als ein *sub conditione* geschlossener erklärt; diese wäre dann *potestativa*, und der Käufer hier als der Berechtigte zu denken (vergl. §. 20. Anm. [45] Nr. 2,). Dagegen ist der Kauf, *ut si displicuisset res inemta esset*, in fr. 3. *h. t.* fr. 6. *de Rescind. vend.* und fr. 2. §. 5. *Pro emtore*, und der, *nisi placuerit* in fr. 31. §. 22. *de Aedil. Ed.* für eine *pura* mit resolvirender Bedingung erklärt. (S. jedoch hierzu noch, wegen §. 39. Nr. 4. 1, den §. 81. bei und in Anm. [18]). Die Gesetze der logischen Denk- und Redeweise bringen das mit sich. Im letzteren Fall muss also eine ausdrückliche Misbilligung erfolgen, um den Handel wieder aufzuheben, wozu nach fr. 31. §. 22. *d.* eine sechzigtägige Frist gegeben ist. Dass übrigens bei gewählter anderer Wortfassung Zweifel darüber entstehen können, ob eine suspensive oder resolutive Bedingung gemeint sei, lässt sich nicht leugnen, dies ist dann Sache der Auslegung des konkreten Falls; vergl. noch Heise und Cropp a. a. O. S. 189 ff. Thöl a. a. O. S. 227., wirkliche Tradition, also zur Erfüllung des Handels, würde im Zweifel auf die zweite Art zu schliessen nöthigen. (Weshalb Puchta §. 360. den Kauf auf Probe jetzt stets für perfekt und nur für bedingt resolutiv hält, weiss ich nicht.) Im Handelsrecht mögen sich hier manche besondere Gebräuche herausgebildet haben, das Wesentliche des Vorstehenden wird sich überall finden. Dazu gehört denn auch der sog. Handel „nach Probe", der aber so wenig im Abschluss als in der Erfüllung etwas Eigenthümliches hat. S. diess. a. d. a. O. Eine neue Abh. über den Kauf auf Probe s. in der Zeitschrift N. F. Bd. III. S. 145 ff. S. auch Schneider in der Zeitschrift für Rechtspfl. und Verw. in Sachsen, Bd. X. S. 310 ff. und von Goldschmidt in seiner Zeitschrift des ges. Handelsrechts Bd. I. S. 66 ff.

[5] Fr. 35. §. 5—7. *h. t.* c. 2. *de Periculo et commodo*, vergl. Glück Bd. XVII. S. 168. Thöl a. a. O. §. 74. bes. über die Frage, wann die Ausscheidung je nach Umständen und der Beschaffenheit einzelner Arten von Waaren geschehen sei; auch hier kommt es darauf hinaus, was sich von selbst versteht, dass beide Kontrahenten über die ausgeschiedenen Gegenstände so einverstanden sein müssen, wie wenn sie ursprünglich eine bestimmte *species* waren; dass Tradition dabei geschehen sei, ist zur Perfektion nicht erforderlich, es genügt eine Bekanntwerdung der Aussonderung an den Käufer, welche dieser auch nicht erst ausdrücklich genehmigt haben muss, nur muss die Waare von der kontraktmässigen Beschaffenheit sein, so dass er sie nicht abzulehnen berechtigt ist. Vergl. auch über Perfektion des Kaufs über ein *genus*, und den Uebergang der Gefahr, Thöl's Samml. v. Entsch. des O.-A.-G. zu Lübeck Nr. 46. und 49. und s. über diesen und die ff. Fälle noch Vangerow Leitf. Bd. III. S. 409 ff. Allerdings lassen sich hier faktisch so gestaltete Fälle denken, in denen diese Regeln nicht ausreichen, sondern allgemeinere übergreifen, doch gehören sie zu sehr der Kasuistik an, um hier weiter verfolgt zu werden; vergl. darüber Heyer in der Zeitschrift N. F. Bd. XV. S. 1 ff.

aus dem Kauf auf Erfüllung in dieser Modalität geklagt werden kann. Einerlei ist es hierbei, ob die einzelnen Stücke oder Quantitäten aus einer grösseren Zahl oder Masse überhaupt erst ausgesondert werden sollen, oder wenn zwar eine bestimmte Masse im Ganzen Gegenstand des Handels, der Preis aber nach deren Zahl, Maas oder Gewicht bestimmt, und dieses noch nicht ermittelt ist[6]. Der Gegensatz hierzu, also wenn der Preis nur im Ganzen festgesetzt worden, ist der Kauf in Bausch und Bogen[7]. Uebrigens gelten auch bei anderen als den bisher vorausgesetzten Sachen dieselben Grundsätze, sobald der Preis nach deren einzelnen Theilen oder Anzahl (z. B. einer Heerde) bestimmt worden ist[8]. 3) Endlich wird die Perfektion des Kaufs einer nur generisch und nicht individuell bestimmten Sache, oder einer von mehreren Sachen nach Auswahl bis zur geschehenen Wahl unter diesen verschoben[9]. 4) Dagegen tritt dieselbe bei den Käufen, deren Gegenstand zur Zeit des Abschlusses nicht existirt, soweit solche überhaupt möglich sind, dennoch sogleich ein, s. Nr. III. 1. a. E.

Die Perfektion des Kaufs ist auch der entscheidende Moment, von welchem an Gefahr und Vortheil des Kaufgegenstands auf den Käufer übergehen[10].

II. Persönliche Verhältnisse beim Kauf betheiligter Personen und ihre Beziehungen zu den zu verkaufenden Sachen äussern auf die persönliche Befähigung zum Abschluss von Kaufkontrakten sowohl rücksichtlich des Verkaufens wie des Kaufens manchen eigenthümlichen Einfluss. Einiges davon erscheint fast weniger von subjektiver Natur, wie als Form des Kaufkontrakts unter gewissen Umständen und unter gewissen Personen. So namentlich bestehen in der ersten Hinsicht für die Vormünder und Kuratoren beim Verkauf der ihren Pflegebefohlenen angehörigen Sachen manche besondere Vorschriften, welche dem Vormundschaftsrecht zu überweisen sind, s. folgendes Buch Kap. III.; ebenso für die juristischen Personen, s. §. 15. Nr. IV. a. E. In der zweiten sind Vormünder auf ähnliche Weise beschränkt, Sachen ihrer Pflegebefohlenen zu kaufen, und Pfandgläubiger das von ihnen verkauft werdende Pfand, auch nicht durch untergeschobene Personen; nur bei gerichtlichen Verkäufen derselben werden sie zum Mitbieten und Kaufen zugelassen, und letztere haben darin sogar ein Vorrecht[11].

[6] S. die vorige Anm. und die dort cit. Stellen, und fr. 1. §. 1. fr. 2. §. 1. *de Periculo et commodo.*

[7] S. die Stellen der Anm. [5] und fr. 62. §. 2. *h. t.* Das ist der Kauf *per aversionem*, über diesen Ausdruck vergl. Glück Bd. XVI. S. 83. [51].

[8] Fr. 35. §. 6. fr. 40. §. 2. *h. t.* fr. 10. §. 1. *de Periculo et commodo.* Der Unterschied, den hier Manche machen, ob die Anzahl u. s. w. nur gelegentlich, als ungefähr oder als gewiss angegeben worden, lässt sich nicht als gegründet erweisen; vergl. dens. S. 86 ff.

[9] 1) Denn s. fr. 8. pr. *h. t.* vergl. Glück Komm. Bd. XVII. S. 185 ff. und §. 106. Anm. [27]. 2) Fr. 34. §. 6. *h. t.*

[10] S. 1, §. 106. bei und in Anm. [38], und im Besonderen noch: §. 3. *I. h. t.* fr. 8. pr. *de Periculo et commodo*, c. 1. 4—6. *h. t.* sowie die Stellen der vorigen Anmm.; ferner Anwendungen in Kostenersatz und Zahlung des Preises in: fr. 13. §. 22. *de A. E.* fr. 34. §. 6. *h. t.* fr. 5. §. 2. *de Rescind. vend.* 2, S. §. 101. IV. §. 3. *I. h. t.* c. 1. *h. t.* fr. 7. pr. *de Periculo et commodo*, fr. 13. §. 10—13. 18. *de A. E.* c. 12. 13. 16. *eod.* Wegen des vor der Uebergabe gefundenen Schatzes s. Glück Bd. XVII. S. 190 ff., er ist dem Käufer zuzusprechen, soweit er *jure accessionis* erworben wird. (Der Pacht- oder Miethzins verkaufter, bis dahin verpachteter Gegenstände verbleibt vermöge der nur für ihn bestehenden Obl. dem Verkäufer, fr. 13. §. 11. *de A. E.* vergl. noch Glück a. a. O. S. 196. [74], welcher irrig diese Stelle nur von den zur Zeit des Kaufs schon fälligen Pachtgeldern versteht, was sich neben jenem entscheidenden Grunde nicht vertheidigen lässt.) Ueber die gewöhnlicheren im Handelsrecht vorkommenden besonderen Fragen in Zusammenhang mit Nr. 2, und 3, des Textes vergl. Thöl a. a. O. S. 231 ff. 234 ff. 241 ff. Vergl. auch Anm. [3].

[11] Von den für gewisse Personen unter ge-

III. Die beiden wesentlichen und korrespondirenden Bestandtheile des Kaufs, der Gegenstand, welcher gekauft, und der Preis, welcher dafür bezahlt wird [12], bieten folgende rechtlich weiter interessirende Punkte dar:

1. Der Gegenstand ist im Allgemeinen als ein Vermögensstück zu denken [13],

wissen Umständen geltenden näheren Bestimmungen und Beschränkungen beim Verkaufen und Kaufen sind 1, manche ganz antiquirt, so die Verbote an Magistratspersonen in den Provinzen von ihren Untergebenen zu kaufen, fr. 62. *h. t.* fr. 6. §. ult. *de Officio Praes.*, an Soldaten, in den Provinzen, wo sie stehen, Güter zu kaufen, fr. 9. pr. *de Re militari*, an sie und an Geistliche und Vornehme oder Reiche, überhaupt Handel zu treiben, c. 1. *Negotiatores ne militent.* c. 15. 16. *X. de Vita et honest. clericor.* c. 3. *de Commercio.* Fr. 3. *de Extraord. cognit.* (coll. c. 9. *de Professor.*) verstehe ich nicht von einem Verbot dieser Art, sondern von einem *metus*, den der Arzt nicht benutzen soll, oder einem *dolus*, um den Patienten zu einem Kauf zu vermögen, s. auch alle bei Glück Bd. XVI. S. 152. [20] Gen., und Puchta §. 364. [6], Glück selbst findet aber ein absolutes Verbot darin, welches dann nicht als antiquirt zu betrachten wäre. 2, Eine andere Zahl tritt unter den Gesichtspunkt, dass Niemand mit sich selbst, in Stellvertretung eines Anderen, kontrahiren kann, fr. 34. §. 7. *h. t.*, also können Vormünder nicht Sachen ihrer Mündel kaufen, s. noch fr. 5. §. 2—4. *de Auctor. tut.* Mandatarien und Geschäftsführer nicht die der Geschäftsherren, welche sie zu verwalten haben, (vergl. §. 113. Anm. [22], [23]) ferner Pfandgläubiger nicht das Pfand, welches sie verkaufen, (s. Sintenis Pfandr. S. 513.) fr. 34. *de P. A.* — doch kann es ihnen der Schuldner selbst verkaufen, — c. 10. *de Distract. pign.* Hierher rechne ich ferner auch das Verbot an öffentliche Beamte, etwas zu kaufen, was sie aus ihrem Geschäftsbezirk zu verkaufen haben, nach fr. 46. *h. t.*, vergl. Glück Bd. XVI. S. 150. (wegen der *poena quadrupli*); etwas Anderes wäre es, wenn sie den Preis nicht zu stellen haben, sondern dieser ihnen gestellt ist, und sie also ein Verkaufsgeschäft nur verwalten. Dagegen dürfte das Verbot unbedenklich auf diejenigen Beamten (resp. einzelne aus einem Collegio, oder einem ganzen Gerichtspersonale) anzuwenden sein, welche Subhastationen und Auktionen leiten. — Rücksichtlich des zuerst gedachten Beispiels der Vormünder giebt es aber einige nähere Bestimmungen, wonach ihnen der Kauf u. U. möglich ist, s. fr. 5. §. 2. *d.* c. 5. *de Contrah. emt.*; ebenso in Ansehung der Pfandgläubiger, s. fr. 16. *de Reb. auctor. jud.* 3, Es giebt ferner Fälle, in welchen Bündigkeit eines Verkaufs von gewissen Formen abhängig gemacht ist, so der des Pfands von Seiten des Pfandgläubigers, s. §. 77. II. und die Vorschrift der Versteigerung abgepfändeter Sachen, c. 3. *de Execut. rei jud.*, des Vermögens derer, die dem Staat schuldig sind, c. 1. 2. 6. *de Fide et jure hastae fisc.*, und der Grundstücke der Gemeinden, Kirchen und *piae caussa*, Nov. 120. c. 6. Diese haben weiter keinen Anspruch darauf, unter einem allgemeinen Gesichtspunkt in der Lehre vom Kauf berücksichtigt zu werden. 4) Ausser den unter Nr. 2, a. E. angedeuteten näheren Bestimmungen erscheinen in der Reihe der hierher eigentlich gehörigen die im Text bezüglich des Verkaufens genannten Beschränkungen, rücksichtlich deren also der Verkauf an Dritte gemeint ist. — Alle übrigens bedürfen hier im Text keiner Berücksichtigung weiter, sondern das Nähere darüber gehört zu den einzelnen Lehren, mit welchen sie zusammenhängen; es genügt zur Vollständigkeit der Lehre vom Kauf an der Hindeutung auf diese.

[12] Fr. 2. §. 1. fr. 8. pr. 72. pr. *h. t.* c. 9. *h. t.* wegen des fr. 8. §. 1. *h. t.* s. §. 97. Anm. [67], [70] u. [71].

[13] Fr. 34. §. 1. *h. t.* Für *res* kommt häufig *merx* vor, s. z. B. fr. 1. pr. §. 1. in f. *h. t.* fr. 1. pr. *de Rer. permut.* ungeachtet der eigentlich exklusiven Beziehung dieses Ausdrucks, s. Anm. [1]. Dass ein ganzes Vermögen Gegenstand eines Kaufs werden kann, lässt sich zwar nicht bezweifeln, es ist jedoch hier 1, der dem Erbrecht zu überweisende Erbschaftskauf abzusondern, s. nachher im Text. 2, Der fast ausschliesslich auf Sklaven berechnete Verkauf eines Sonderguts ist zwar in Anwendung auf Hauskinder nicht gerade unmöglich, indessen doch so ganz ungewöhnlich, dass ihm keine besondere Aufmerksamkeit gewidmet zu werden braucht; es gilt im Ganzen dabei Aehnliches wie beim Erbschaftsverkauf, wegen Vermehrungen aber vor der Uebergabe s. fr. 13. §. 13. 18. *de A. E.* und wegen der Eviktion und Mangelhaftigkeit einzelner Stücke s. fr. 5. *de Evict.* und fr. 33. *de Aedil. Ed.* 3, Der Verkauf eines anderen ganzen Vermögens kann nur als ein Aversionalkauf betrachtet werden, und hat weiter nichts

welches auf den Käufer übergehen und diesem verbleiben soll[14], einerlei, ob es körperlich, also eine Sache[15], oder unkörperlich, also ein Recht sei, und letzteren Falls sowohl ob ein Recht mit unmittelbarem Bezug auf eine Sache, werde ein dem Verkäufer an der Sache eines Anderen zuständiges, kaufweise übertragbares Recht verkauft, oder kaufweise ein solches an einer ihm gehörigen Sache erst dem Käufer bestellt[16], als ob eine Forderung[17], oder fortlaufende Leistungen von Summen fungibler Sachen zu gewissen Terminen[18], — endlich, ob ein ganzer möglichst weiter Inbegriff von Sachen, wie ein ganzes Vermögen, oder eine Erbschaft[19], oder ob nur die Thatsache des Besitzes eines einzelnen Gegenstands[20]. Die Gewährung und Gestattung des blos zeitweiligen Gebrauchs und Genusses einer Sache hingegen ist kein Kauf mehr, so wenig wie die Veranlassung durch Geld zu Handlungen, sondern dieses wird Gegenstand der Miethe, s. §. 118. z. A. Je nach Verschiedenheit dieser Gegenstände bietet der Kauf theils nichts Besonderes weiter dar, sondern ist nur nach allgemeinen Grundsätzen zu beurtheilen, theils hat er eine solche weitere Ausbildung gewonnen, dass er hier ganz abgesondert werden muss, so die Veräusserung einer Erbschaft und die Abtretung von Forderungen; theils endlich, und das gilt im Besonderen vom Kauf von Sachen, ist hier der Ort der weiteren Erörterung.

Der Verkauf einer Sache bezweckt deren Veräusserung[21], indessen ist nicht diese dessen Inhalt[22], sondern vielmehr die Thatsache der Uebergabe[23], welche jene zur Folge hat; daher ist der ausgesprochene Zweck, dass der Verkäufer dem

Besonderes; wegen Entwährung und Mangelhaftigkeit kommen dabei die unten bei Anm. 147 und 128 enthaltenen Grundsätze zur Anwendung.

14 Dies ergiebt sich namentlich aus den den Sachenkauf betreffenden Stellen, also: dass ein Kauf, wonach die Sache nur zum Gebrauch oder zur Nutzung überlassen ist, Miethe oder eine andere Kontraktsart und nicht Kauf ist, fr. 80. §. ult. *h. t.*, dass *emtio rei suae* nicht möglich ist, fr. 16. pr. 18. pr. 34. §. 4. *h. t.* (weil resp.) dass es beim Sachenkauf Absicht ist, *ut rem nobis fieri velimus*, fr. 20. 65. *h. t.* S. ferner die Aeusserungen über den Erwerb in den Fällen der nächsten Anmm. Dass übrigens ein *pact. de retrovendendo* neben dem Kauf eingegangen werden kann, steht mit Obigem nicht in Widerspruch.

15 Dies ist der gewöhnlichste Fall und überall vorausgesetzt, wo nicht ausdrücklich von einem anderen Gegenstand die Rede ist. Auf den Kauf in dieser Anwendung ist die Hauptmasse der einzelnen Vorschriften, z. B. die ganze Lehre von den Mängeln und der Entwährung berechnet; s. auch nahher im Text. Wegen des Gelds als Kaufgegenstand s. vorigen §. a. E.

16 S. z. B. fr. 8. §. 2. *de Periculo et commodo* (*ususfructus*) fr. 3. §. 2. fr. 6. §. 5. *de A. E.* (*iter, actus, via,*) fr. 11. §. 2. fr. 12. *de Pignor.* fr. 10. *de Eviction.* auch eigentliche sog. Gerechtsame, s. fr. 32. *h. t.* fr. 52. §. 2. *de A. E.* Rücksichtlich der Realservituten versteht sich dann die nöthige Voraussetzung des Besitzes eines *praedium*, welches *dominans* werden soll, fr. 6. §. 5. *de A. E.* Der Kauf eines Niessbrauchs an einer uns schon gehörigen Sache ist eigentlich eine Ablösung, ein durch Entschädigung herbeigeführter Verzicht, ebenso wie der anderer Dienstbarkeiten durch Geld. Ein eigentlicher Kauf ist es dagegen, wenn der Niessbraucher die Proprietät kauft, fr. 16. §. 1. (fr. 17.) *h. t.*, denn dann kauft er die Sache. — Auch eine Superficies und Emphyteusis können kaufweise entstehen.

17 C. 3. 7—9. *de Hered. vel actione vend.* fr. 4—6. 17. 19. 23. *ej. tit.*

18 Fr. ult. §. 1. *h. t.*, der hiermit verwandte Gülten- und Rentenkauf ist deutschrechtlicher Natur.

19 S. 1, fr. 35. §. 6. *h. t.* 2, fr. 2. 3. 7. sqq. *de Hered. vend.* c. 1. 2. 4—6. *eod.*

20 Fr. 34. §. 4. *h. t.* also auch *rei suae.*

21 Fr. 55. 65. 67. *h. t. vendere* und *alienare* werden daher auch für einander gebraucht, s. z. B. fr. 5. pr. §. 2. *de Reb. eor. qui sub tut.* S. auch noch fr. 55. *de O. et A.*

22 Fr. 25. §. 1. *h. t.* fr. 30. §. 1. *de A. E.*

23 Fr. 1. pr. 11. §. 2. *de A. E.* fr. 1. pr. *de Permut.*

Käufer das Eigenthum verschaffe, dem Kaufkontrakt fremd, diese Verpflichtung liegt vielmehr jenseits der Grenzen desselben[24]. Damit würde also ein eigenthümliches Geschäft abgeschlossen sein, welches jedoch dem Kauf, bis auf die hierin strengere Verpflichtung des Verkäufers, ganz analog zu beurtheilen wäre. Das ausgesprochene Gegentheil, nämlich dass das Eigenthum nicht übergehen solle, ist aber mit dem Kauf nicht weniger unverträglich, und würde ebenfalls wieder ein anderes Geschäft bilden[25]. Doch ist allerdings die Bevorwortung möglich, dass nicht sogleich mit Abschluss des Kaufkontrakts das Eigenthum auf den Käufer übergehen solle[26] (S. noch Nr. 2. a. E.). Die praktische Bedeutung jener Verschiedenheit zeigt sich besonders in den kontraktlichen Verpflichtungen des Verkäufers, s. nachher Nr. IV. B. a. und c. Uebrigens aber äussert sich der Zweck des Verkaufs darin, dass diejenigen Sachen, an welchen er vermöge ihrer rechtlichen Natur nicht zu erreichen ist, nicht Gegenstand des Kaufs werden können, vergl. §. 83. 2, b. *β*., unbeschadet des in solchen Fällen begründeten Entschädigungsanspruchs, s. §. 97. bei Anm. 6 ff.[27]. Was jedoch hier die fremden, d. h. dritten Personen gehörigen Sachen betrifft, so ist, abgesehen von einer dazu für den Verkäufer Statt findenden Befugniss[28], deren Verkauf mit der Wirkung der Veräusserung zwar nicht möglich, allerdings aber die Obligation daraus vollständig bindend, so dass der Käufer, wenn ihm eine solche Sache nicht geliefert werden kann, oder zwar geliefert, jedoch nachher vom Eigenthümer wieder entwunden worden ist, den Verkäufer in Anspruch nehmen kann.[29]. Auch versteht sich, dass die Ersitzung der auf diese Weise unwissentlich überkommenen Sachen möglich ist, (s. §. 51. Anm. 52.) indem der Käufer dem Verkäufer darin trauen und voraussetzen darf, dass ihm die Sache gehöre[30]. Rücksichtlich der gestohlenen und ihnen gleich zu achtenden, Dritten abhanden gekommenen Sachen kommt es darauf an, ob beide Kontrahenten, oder ob nur der Käufer oder nur der Verkäufer sie als solche kennt[31]; im ersten Fall ist der Kaufkontrakt nichtig, im zweiten ist er soweit wirksam, dass der Verkäufer ihn geltend machen kann, vorausgesetzt, dass er die Sache übergiebt, im dritten gilt der Kontrakt vollständig, nur braucht der Käufer, wenn er vor Vollziehung des Kaufs die Eigenschaft der Sache erfährt, den Handel nicht zu halten und kann sich gegen die Klage des Verkäufers mit Exception schützen, wenn dieser nicht genügende Kaution für die drohende Besorgniss zu stellen bereit ist[32]. — Dass der Gegenstand

[24] Fr. 16. *de Cond. caussa data etc.* fr. 25. §. 1. *h.* t.

[25] Fr. 80. §. ult. *h. t.*

[26] Fr. 16. *de Periculo et commodo*; s. noch bei Anm. [43] und §. 49. bei Anm. [21].

[27] S. noch im Bes. 1, wegen der dem Käufer gehörigen Sachen fr. 16. pr. (16. §. 1.) fr. 39. pr. *h. t.* (wegen ihm mit einem Anderen gemeinschaftlich gehöriger Sachen s. fr. 18. pr. *h. t.* vergl. Anm. [29]) und für den Fall, dass sie ihm nicht mehr gehörig seien, fr. 61. *h. t.*; 2, wegen verkaufter nichtexistirender Erbschaften s. fr. 7—9. *de Hered. vend.* vergl. §. 96. Anm. [18 a]), §. 97. Anm. [7]; 3, wegen Sachen, deren Veräusserung verboten ist, s. fr. 38. Anm. [22].

[28] Z. B. Pfandgläubiger und Stellvertreter, die Obrigkeit bei der Exekution u. s. w. Ueber fr. 59. §. 4. *Mandati* s. Sintenis Pfandrecht S. 526 ff.

[29] Fr. 28. *h. t.* c. 3. 14. *de R. V.* c. 1. 2. 5. 6. *de Reb. alienis non alien.* fr. 11. §. 8. fr. 45. §. 1. fr. 46. *de A. E.* fr. 1. pr. *de Rer. permut.* Es bleiben hier die Fälle bei Seite gesetzt, wenn der Eigenthümer den Kauf genehmigt, oder zwischen ihm und dem Käufer eine Beerbung vorgefallen ist. S. noch §. 39. 3. — Als fremde Sache erscheint auch die dem Verkäufer mit einem Anderen gemeinschaftlich gehörige zum Antheil des letzteren, c. 1. 2. 5. *de Commun. rer. alien.*

[30] Fr. 27. *h. t.* fr. 109. *de V. S.*

[31] Fr. 35. §. 3. *h. t.* vgl. §. 51. Anm. [47].

[32] Fr. 18. §. 1. *de Periculo et commodo;* es hat nämlich hier der Verkäufer dolos gehandelt, indem er durch sein Verschweigen der

des Kaufs überhaupt schon vorhanden sei, um letzteren als möglich erscheinen zu lassen, folgt aus allgemeinen Grundsätzen, s. §. 83. bei Anm. 14., indessen bestehen daneben folgende Modifikationen. Zuvörderst ist der Kauf im Werden begriffener Früchte möglich; zwar wird er allerdings erst mit der Verwirklichung derselben vollständig bindend, indessen darf dieser von keinem der Paciscenten ein Hinderniss in den Weg gelegt werden [33]. Erfolgt sie nur zum Theil, so wird der Kauf auch nur soweit perfekt [33b]. Ferner ist der Hoffnungskauf in dieser Beziehung nach seinen eigenthümlichen Grundsätzen zu beurtheilen, s. §. 97. bei Anm. 70. und 71. Endlich ist Kauf solcher Gegenstände möglich und bindend, die der Verkäufer erst aus irgend einem Stoff anzufertigen auf Bestellung übernimmt, welcher dem Käufer nicht schon gehört, sondern ihm somit vom Anderen erst geliefert wird [34].

Eine besondere Vorschrift ist noch die, dass auf dem Halm stehende Früchte nicht anders verkauft werden dürfen, als entweder um den dermaligen Marktpreis, oder um denjenigen, welchen sie innerhalb vierzehn Tagen nach der Ernte haben werden [35].

2. Der Preis muss in einer bestimmten Summe Gelds bestehen [36] (s. jedoch vor. §. bei Anm. 6. und 7.). Werden Geld und eine andere Leistung neben einander beabredet, so ändert das nichts, auch kommt dabei auf das Verhältniss des ersteren zur zweiten nichts an [37]; ebenso wenig die dem Kauf nachfolgende Beabredung, dass anstatt der Geldsumme gewisse Sachen gegeben werden sollen [38]. Der Begriff des Bestimmten ist nach den allgemeinen Grundsätzen aufzufassen [39]. Ist hiernach der Preis weder bestimmt noch bestimmbar, so ist das Geschäft nicht fertig und bündig abgeschlossen; nur ist dafür nicht der Fall zu halten, wenn der Käufer vom Verkäufer Sachen und Waaren, ohne weitere besondere Preisbestimmung, abholen und dieser sie verabfolgen lässt, oder jener bestellt und dieser sie zusendet, sondern hier sind stets die gangbaren und üblichen Preise, Marktpreise, als gefor-

Eigenschaft der Sache den Käufer in den Glauben versetzt hat, dass sie ihm gehöre, was dieser in einem solchen Fall immer annehmen darf, s. Anm. [30]. Vergl. unten bei Anm. [181].

[33] Fr. 8. pr. *h. t.* s. noch §. 83. Anm. [14] und §. 97. Anm. [69]. Vangerow Leitf. Bd. III. S. 404. hält den Kauf des nächstjährigen Ertrags eines Weinbergs um eine bestimmte Summe für *emtio spei;* ich würde dies doch für eine *emtio rei speratae* halten, vgl. §. 69. Anm. [15]. (Ich setze voraus, dass die Reben schon gepflanzt und tragbar sind.)

[33b] Vergl. fr. 39. §. 1. *h. t.* und dazu Vangerow S. 405. Ist der Ertrag höher veranschlagt, als er wirklich ausfällt, so kann der Kauf immer nur als den letzteren betreffend verstanden werden.

[34] Fr. 20. (s. hierzu Huschke in d. Ztschrft. N. F. Bd. IV. S. 283.) 65. *h. t.* fr. 2. §. 1. *Locati.* §. 4. *I. ej. tit.* Vergl. §. 118. Anm. [19]. Indessen ist auch nun noch nicht zu übersehen, dass dieses ganze Verhältniss darauf hindeutet, dass der Verkäufer zugleich ein Waarenproducent sei, und daher mögten denn ohne Zweifel in dieser Eigenschaft gewisse Beschränkungen anzuerkennen sein, um solche Käufe als gültige erscheinen zu lassen; während also z. B. die Bestellung anzufertigender Trauringe bei einem Goldschmied für einen Kauf zu erachten ist, würde dieselbe Bestellung bei einem Schuhmacher nicht als Kauf gelten können.

[35] Reichspolizei-Ordn. von 1577. tit. 19. §. 3.

[36] §. 2. *I. h. t.* fr. 1. pr. §. 1. *h. t.* fr. 1. pr. *de Rerum permut.* fr. 5. §. 1. *de Praescr. verb.* Es wird sich nicht bezweifeln lassen, dass auch in ungemünztem edlen Metall, also gewichtsweise, namentlich in Barren, der Kaufpreis bestimmt werden kann. Dagegen ist, wenn die Summe Gelds nicht auf gewöhnliche Weise bestimmt, sondern nur z. B. soviel Geld, als man mit einer Hand greifen kann, entrichtet wird, nicht Kauf, sondern Tausch anzunehmen.

[37] Fr. 79. *h. t.* fr. 6. §. 1. 2. fr. 21. §. 4. *de A. E.* Mehrere Unterscheidungen macht Glück Bd. XVI. S. 68.

[38] C. 9. *de Rescind. vend.*

[39] S. §. 83. Nr. 4. auch das. Anm. [65] ff. Beispielsweise s. die Stellen der Anmm. [5]—[10] zum gegenwärtigen §., ferner: fr. 7. §. 1. 2. fr. 37. *de Contrah. emt.*

dert und bewilligt zu verstehen, ebenso wie, dass hier überhaupt Kauf und nicht Schenkung oder ein anderes Geschäft geschlossen sei[40]. Der Preis muss aber auch wirklich den Charakter eines Aequivalents an sich tragen. Dazu gehört nun zwar nicht, dass er dem Werth der gekauften Sache gleich oder nahe komme, (s. Nr. V. 3.) vielmehr ist es ein erlaubter Zweck des Kaufs, dabei zu gewinnen, dass man wohlfeil kauft, oder theuer verkauft[41], wohl aber, dass er wirklich und ernstlich als Gegenleistung von den Kontrahenten betrachtet worden sei[42]. Dafür bietet sich ein zwiefacher Gesichtspunkt dar; einmal der, wenn der Preis nur zum Schein bestimmt ist, aber gar nicht bezahlt werden soll; sodann der, dass zwar ein Preis

[40] S. §. 83. [65] a. E. und vgl. bes. Thon in d. Ztschrft. Bd. X. Nr. 7. und über den Begriff des Marktpreises s. Thöl, Handelsr. Bd. I. S. 200f. Nach R. R. war in solchen Fällen kein Kauf-, sondern nur ein Innominatkontrakt vorhanden, §. 1. *I. de Emt. et vend.* fr. 35. §. 1. *h. t.* Wenn der Verkäufer einmal gefordert und der Käufer dazu geschwiegen hat, nachher aber den Preis zu hoch findet und auf *arbitr. boni viri* provozirt, so kann jener die Forderung nunmehr nicht steigern; s. Thöl a. a. O. S. 203. 215.

[41] C. 4. 10. *de Rescind. vend.*

[42] Das obige Erforderniss wird gewöhnlich als *pretium verum* bezeichnet, wiewohl in den Quellen darunter ein dem wahren Werth der Sache angemessener Preis verstanden wird. Es sind hier folgende Fälle zu unterscheiden: 1, die *nuda et imaginaria venditio*, fr. 55. *h. t.*, also ein reiner Scheinhandel, ohne alle reelle Absicht, dem mithin auch nicht einmal der Charakter einer Schenkung beiwohnt; dieser bedarf keiner ausdrücklichen Erwähnung weiter. 2, Die beabsichtigte Schenkung und deren Einkleiden in einen Scheinkauf, vergl. fr. 36. *h. t. cum quis pretium rei ponit, donationis caussa non exacturus*, c. 3. (8.) 9. *h. t.* 3, Das Einkleiden eines anderen Geschäfts und namentlich einer Schenkung in wirklichen Kauf, um einen ganz unverhältnissmässig geringen Preis, *vilius pretium, nummus unus.* Hierbei kommt der besondere Grund in Betracht, warum dies geschah; (vergl. §. 17. bei Anm. [47]). Es ist zuvörderst möglich, dass ein ganz triftiger Grund dazu vorliegt, nämlich weil zur Erreichung eines erlaubten Geschäfts, oder gar zur Erfüllung einer rechtlichen obliegenden unentgeltlichen Uebertragung einer Sache die Form des Kaufs die angemessenste ist, wiewohl dieses immer eine seltene Gestaltung der Umstände voraussetzen wird, s. fr. 66. *de J. D.* Fehlt es an einem solchen Grunde, so entsteht die Frage, was nun hier eigentlich vorliege, ob Kauf, oder Schenkung, und woran die Grenze zwischen beiden Begriffen für die konkreten Fälle kenntlich sei? Wenn hier fr. 46. *Locati* Miethe um *nummus unus* für *conductio nulla, quia et hoc donationis instar inducit*, erklärt (womit fr. 66. *d.* nicht etwa in Widerspruch steht, indem dort der eigenthümliche Zweck das Mittel als rechtlich wirksam erscheinen lässt), so gebietet die Analogie, vom Kauf dasselbe anzunehmen, und zwar, da die Summe dort offenbar nur beispielsweise angegeben worden, von dem im Text angenommenen allgemeinen Gesichtspunkt aus. Dieser mögte keinem ernstlichen Zweifel unterworfen, oder die Bestimmung der Grenze danach noch nicht genau genug regulirt befunden werden. Allerdings ist sie für die konkreten Fälle dem richterlichen Ermessen anheimgegeben, allein ich halte es so wenig für möglich, einen genaueren Maasstab zu geben, als eigentlich, mit dem gegebenen zu irren, denn sobald nur Zweifel entstehen kann, ob Kauf oder Schenkung anzunehmen sei, ist die Möglichkeit der letzteren schon ausgeschlossen. Diese Annahme erhält auch durch fr. 38. *h. t.* und fr. 5. §. 5. *de Donat. inter vir.* (Preis zu 1/3 des Werths) volle Unterstützung; dieselben Stellen aber, sowie fr. 31. §. 3. *eod.* fr. 17. pr. *ad Sct. Vellejan.* erkennen auch für die Schenkung unter Eheleuten den *animus donandi* ohne weitere Rücksicht auf eine bestimmtere Grenze des Verhältnisses zwischen Preis und Werth des Gegenstands, sobald letzterer ersteren überhaupt übersteigt, als entscheidend an, während zwischen anderen Personen nach fr. 38. *d.* der Verkauf *viliore pretio*, wenn auch *donationis caussa*, doch immer als *venditio valet.* Dieses ist der sog. Freundschaftskauf, vergl. Glück Bd. XVI. S. 72. und die dort Gen. u. s. noch §. 23. Anm. [9]. — Das Erforderniss des sog. *pretium justum*, (s. dens. S. 73 ff.) worunter ein gesetzmässiger verstanden wird, d. h. entweder durch Gesetz oder Konvention bestimmter, ist in erster Hinsicht entbehrlich, in zweiter unrichtig.

wirklich als Gegenleistung bestimmt wird, aber absichtlich so gering, dass er mit dem Werth des Gegenstands des Kaufs ausser allem Verhältniss steht, und gegen den letzteren gar nicht in Betracht kommen kann. Im ersten Fall ist eine reine und offenbare Schenkung vorhanden, im zweiten ist je nach den Umständen der konkreten Fälle und der darin vorwaltenden Absicht entweder eine verschleierte Schenkung, oder ein Mittel zur Errichtung eines anderweiten rechtlichen Zwecks anzuerkennen. Zum letzteren wird sich nur in seltenen und eigenthümlichen Fällen Gelegenheit darbieten; das erstere ist unter der gestellten Voraussetzung stets anzunehmen, sobald an der Absicht einer wirklichen Schenkung kein Zweifel möglich ist. Sobald jedoch die Summe der Gegenleistung sich dem Werth des Gegenstands nur soweit nähert, dass überhaupt von ihr als einem Aequivalent die Rede sein kann, so mag das Geschäft noch so vortheilhaft sein, und auch, was freilich in der Regel zutreffen wird, wirklich die Absicht der Schenkung vorliegen, es besteht dennoch als Kauf, ausgenommen dann, wenn, wie unter Eheleuten, die Verwirklichung dieser Absicht unbedingt, also auch in jener Form, versagt, und die Absicht zu schenken wirklich vorhanden gewesen ist.

Die Zahlung des Preises ist in sofern auf die Wirkung des Kaufs von entscheidendem Einfluss, als das Eigenthum an verkauften Sachen, wenn es überhaupt dadurch übergehen kann (s. Nr. 1.), erst dann übergeht, wenn durch sie oder auf andere Weise Befriedigung des Verkäufers erfolgt, nicht schon, trotz vorhandener Caussa, mit der Tradition, es sei denn, dass das Kaufgeld kreditirt worden ist[43].

IV. Die obligatorischen Wirkungen des Kaufkontrakts in Ansehung der für die beiden Kontrahenten daraus entspringenden Forderungen und ihnen obliegenden Leistungen sind theils unmittelbar in seiner Natur gelegen, so dass dann die letzteren zur eigentlichen Erfüllung des Kontrakts gehören, theils können sie durch hinzukommende Umstände und Ereignisse herbeigeführt oder erweitert werden. Ausserdem können die gegenseitigen Leistungen durch besondere Uebereinkunft, woran es bei Käufen von nur einiger Wichtigkeit selten fehlt, mannigfaltig modifizirt werden; wieweit dieses möglich sei, folgt aus den allgemeinen Grundsätzen, (§. 97. z. A. §. 101. I. z. A.) diese Bestimmungen sind dann vor Allem maasgebend[44]. Einzelner von allgemeinerer Wichtigkeit und besonders ausgebildeter rechtlicher Natur wird weiter hin zu gedenken Gelegenheit sein. Hier bewendet es bei den der Natur dieses Kontrakts selbst angehörigen.

A. Der Käufer ist verpflichtet:

1. den Preis zu bezahlen[45], und zwar, wenn nicht auf Kredit gehandelt, die Zahlung des Preises also gestundet, oder sonst etwas Anderes ausgemacht worden, bei Uebergabe der Sache[46]; entgegengesetzten Falls hat er denselben von da an zu verzinsen, indem es als eine rechtliche Ungleichheit anerkannt ist, dass er die Sache und das Geld zugleich benutze[47]; doch ersetzt die Verzinsung die Leistung

[43] Fr. 19. 53. *h. t.* fr. 11. §. 2. *de A. E.* fr. 5. §. 18. *de Tribut. act.* §. 41. *I. de Rebus;* über den Grund dieser Bestimmung vergl. Schilling Inst. Bd. II. S. 542. Zus. 2., er hängt wahrscheinlich mit der alten *mancipatio* zusammen. Ueber die Frage, wann Handel auf Kredit anzunehmen sei, vergl. Thöl Handelsr. Bd. I. S. 215 ff. und Näf in d. Münchener krit. Ueberschau etc. Bd. II. S. 270.

[44] Fr. 11. §. 1. *de A. E.*

[45] Fr. 13. §. 20. *h. t.*

[46] S. §. 97. S. 284. ferner vergl. *Paul. S. R.* Lib. II. tit. 17. §. 9. c. 8. *de A. E.*

[47] Fr. 18. §. 1. *de Usuris* c. 2. *eod.* fr. 13. §. 20. *de A. E.*, c. 5. *eod.* Die c. 5. *de Pactis inter emtor.*, welche die Zinsforderung auf *mora* und *pactum* beschränkt, ist damit nicht etwa in Widerspruch, sondern gewiss nur ungenau abgefasst, denn sonst müsste ihr Inhalt für unrichtig und irrig gehalten werden. Bei älteren Rechtsgelehrten ist darüber Streit, ob Kaufleute, bei denen auf Rechnung geholt wird, Zinsen for-

des Interesses auch bei eingetretenem Verzug vollständig und soweit, dass nichts weiter deshalb an entgangenem Gewinn gefordert werden kann[48]. Zum Bezahlen gehört hier, dass der Käufer den Verkäufer zum Eigenthümer der gezahlten Geldstücke mache[49], er kann ihn daher nicht mit ihm schon gehörigen[50], noch mit fremdem Gelde bezahlen[51], indem auch dieses dem Empfänger vom Eigenthümer wieder abgefordert werden und jener schon, sobald er erfahren, dass ihm fremdes Geld gezahlt worden, rechtlich nicht mehr darüber verfügen kann[52]; sobald jedoch jene Möglichkeit aufhört (und auch letzteres nicht vorher eingetreten), also das Geld verbraucht worden, verliert der Umstand, dass der Verkäufer mit fremdem Gelde bezahlt worden, seine Bedeutung[53].

2. Er hat ferner dem Verkäufer den gekauften Gegenstand zeitig abzunehmen. Ist hierüber nichts Bestimmtes ausgemacht, so kommen die allgemeinen Grundsätze für die Erfüllung der Leistungen zur Anwendung, §. 91. z. A. Die Unterlassung der zeitigen Abnahme führt nicht nur im Fall hinzugekommenen Verzugs die §. 93. S. 208. und ff. angeführten Folgen herbei[54], sondern der Käufer hat auch, ohne gerade in Verzug gesetzt zu sein, dem Verkäufer alle vom Abschluss des Kontrakts an auf die Sache verwendeten Kosten, die nothwendigen wie diejenigen, von denen er annehmen durfte, dass sie mit Zustimmung des Käufers aufgewendet würden, und überhaupt alle im guten Glauben geschehenen Auslagen zu ersetzen[55], — nicht minder ihm diejenigen Verpflichtungen abzunehmen, welche der Verkäufer bezüglich der Sache hat eingehen müssen[56], und endlich ihm allen durch die Sache selbst erlittenen Schaden zu vergüten[57].

dern können, vergl. Glück Bd. XVI. S. 142 ff., der sich mit Recht dafür entscheidet, dass kein Grund vorliege, von den allgemeinen Bestimmungen abzuweichen.

48 Fr. 19. *de Periculo et commodo.*

49 Fr. 11. §. 2. *de A. E.* fr. 1. pr. *de Rer. permut.* Unterholzner a. a. O. S. 294. erklärt die hierin Statt findende Verschiedenheit im Vergleich zu der Verpflichtung des Verkäufers davon, dass Geld nur zum Ausgeben benutzt werden, der Besitzer desselben also keinen Gebrauch davon machen kann, sobald er erfährt, dass die Geldstücke, welche er empfangen, nicht sein Eigenthum seien, indem er sich dann einer Entwendung schuldig machen würde; §. 3. *I. de Usucap.*

50 C. 7. *de A. E.*

51 Fr. 1. pr. *d.*

52 S. Anm. 49.

53 Der obige Satz folgt daraus, dass im Allgemeinen die *consumtio pecuniae* die Wirkung der Aneignung durch regelmässige *traditio* vertritt, s. §. 108. Anm. 17, 20 und §. 103. Anm. 43 u. 44; s. ferner c. 6. *de R. V.* und c. 1. u. 8. *Si quis alteri vel sibi*, wo der Erwerb des Kaufgegenstands mit fremdem Gelde schlechthin als möglich erwähnt ist, also die Vindikation als möglich ausgeschlossen gedacht sein muss, welche dieses nur bei eingetretenem Verbrauch durch Verausgabung (oder sonstigen Verlust) sein kann. Nach §. 109. Anm. 119 ist jedoch hier die Möglichkeit der Condictio gegen den Verkäufer nicht zu leugnen; es versteht sich, dass der Käufer dann dem Verkäufer *ex vendito* haftet, weil, wenn dieser zur Herauszahlung der empfangenen Summe verpflichtet wird, *nummi ejus facti non sunt*, in dem Sinn, wie fr. 1. pr. *de Rer. permut.* voraussetzt; auf den Uebergang des Eigenthums hat dies jedoch keine rückwirkende Kraft.

54 S. das. bes. Anm. 106 u. 103. Hierbei kann namentlich unter Kaufleuten, oder wenn doch um des Handels willen gekauft worden, (indessen keineswegs ausschliesslich nur dann) und wenn der Verkäufer bei nicht rechtzeitig erfolgender Abnahme der Sache zum Weiterverkauf zu einem geringeren als dem behandelten Kaufpreis geschritten ist, wegen Forderung der Preisdifferenz eine ganz ähnliche Frage, wie die in Anm. 71 berührte entstehen. Sie ist ebenso zu beantworten, sobald Gründe für den Verkäufer vorliegen, die Sache los zu werden, und nicht länger zu verwahren. Vergl. auch Thöl Handelsr. §. 86. 87.

55 Fr. 13. §. 22. fr. 38. §. 1. *de A. E.* und c. 16. *eod.* c. 13. (Abgaben.) 16. *eod.*

56 Fr. 13. §. 17. *eod.* (*verb. sed ita etc.*).

57 Arg. fr. 30. pr. *de A. E.*

Anderweite Verpflichtungen des Käufers, wie die Uebernahme der auf der gekauften Sache ruhenden Belästigungen, oder Leistungen bezüglich derselben an Dritte, folgen entweder aus anderen allgemeinen Grundsätzen und Begriffen, oder nur aus besonderen Beabredungen [58].

B. Der Verkäufer ist verpflichtet:

a) dem Käufer den Gegenstand des Kaufs zu übergeben [59], beziehungsweise zu gewähren; ersteres, wenn Sachen Gegenstand des Kaufs sind, was hier vorzugsweise vorausgesetzt wird. Und zwar muss die Sache anderen Besitzes ledig übergeben werden [60], in ihrem ganzen Umfang oder dem richtigen Maas und Gewicht, soweit dieses bestimmt und angegeben worden [61], oder sich den Umständen nach ohnedies versteht [62], auch bezüglich einzelner Bestandtheile des verkauften Ganzen [63]. Während nun zwar das Mehr an Umfang, Maas und Gewicht, wenn ein solches angegeben worden, und vorausgesetzt, dass nicht der Preis danach (s. Nr. I. 2.), sondern im Ganzen bestimmt worden, dem Käufer zu Gute geht, indem dann das Ganze als solches Gegenstand des Handels ist, wird doch bei Grundstücken ein sich ergebendes Mehr und Weniger einzelner Bestandtheile derselben, (z. B. der Gärten und Wiesen, oder der Aecker und Weinberge) als dafür angegeben worden, nach Grösse und Güte gegen einander aufgehoben und dem Verkäufer gut gerechnet, sobald nur die ganze versprochene Fläche herauskommt; widrigen Falls ist das Fehlende nach Grösse und Güte vom Kaufpreis abzurechnen oder zu erstatten [64]. Dasselbe gilt, wenn zwei Grundstücke um Einen Preis verkauft werden [65]. Ueberall ist jedoch hier vorauszusetzen, dass der Unterschied nicht so beträchtlich sei, dass er auf die Identität der Gegenstände, welche der Käufer zu kaufen gedenkt, hier also auf deren Natur und Beschaffenheit, welche beim Kauf vorausgesetzt war, Einfluss äussere [66], und unter dieser Voraussetzung ist auch eine Anwendung dieser

[58] S. 1, fr. 67. *h. t.* (*cum sua caussa dominium transfertur.*) 2, Beispiele besonderer Beabredungen s. fr. 8. pr. *de A. E.* (s. hierzu *Cujacius Op.* T. VII. p. 747.) fr. 6. §. 3. *Communia praed.* Auflage und Befreiung von Servituten, fr. 13. §. 30. *de A. E.* c. 9. *Locati*, Fortsetzung der Miethkontrakte mit den Pächtern; über diese s. §. 118. Anm. [117].

[59] Fr. 1. pr. 11. §. 2. *de A. E.* fr. 68. §. 2. *h. t.*

[60] Fr. 2. §. 1. *de A. E.* Hierauf, und nicht blos auf das *id quod interest*, kann jetzt die Klage und das Urtheil unmittelbar gerichtet werden, allerdings aber kann die Vollstreckung eines Urtheils nur *id quod interest* betreffen, nicht die Sache dem Verkäufer weggenommen werden, s. überhaupt Sintenis in d. Ztschrft. Bd. XI. S. 20 ff. und bes. S. 81 ff., vergl. oben §. 83. Anm. [2], §. 86. z. A. §. 90. z. A. auch daselbst Anm. [4]. In der Hauptsache, der Exekution, stimmt überein *Küssner*, *Diss. inaug. Utrum venditor, qui tradere potest, omni modo ad rem tradendam teneatur etc. Regimonti* 1841. Sp. I., bezüglich der Richtung der Klage und des Urtheils bleibt er auch für das neueste R. R. dabei, dass dadurch das Recht des Formularprozesses nicht geändert sei. Auf das heutige Recht ist *Küssner l. l.* nicht eingegangen; ob eine Fortsetzung erschienen sei, habe ich nicht erfahren können.

[61] Fr. 2. pr. 4. §. 1. fr. 6. pr. §. 2. 4. fr. 32. *de A. E.* Wegen richtigen Gewichts s. fr. 18. §. 3. *de Dolo.*

[62] Dies beruht auf den Grundsätzen von stillschweigender Uebereinstimmung. — Eine eigenthümliche Bestimmung bei fehlendem Umfang enthält fr. 13. §. 14. *de A. E.*, wonach die *alluvio* eines Ackers dem Verkäufer dabei zu Statten kommt, wenn er *in bona fide* wegen des Umfangs war, widrigenfalls dem Käufer.

[63] Fr. 4. §. 1. *eod.*

[64] Fr. 42. *eod.* und fr. 4. §. 1. *eod.* s. noch Anm. [66].

[65] Fr. 42. *d.*

[66] Diese Beschränkung kann keinem Bedenken unterliegen, s. übrigens auch fr. 22. *h. t.*, welches dann aber wieder, um nicht mit den übrigen in Widerspruch zu gerathen, von einer grösseren Differenz zu verstehen ist, während das Beispiel des fr. 42. *d.* nur $1/10$ und $1/20$ des schuldigen Umfangs betrifft. Dem richterlichen Ermessen ist hier für die Einzelfälle das Weitere anheimzugeben.

Regeln auf bewegliche Sachen möglich[67]. Zu dem verkauften Gegenstand gehören der Zubehör desselben, sei dieser besonders zugesagt, oder verstehe er sich ohnedies von selbst[68], ferner die verheissenen Servituten[69], und die hängenden, wenn auch schon reifen Früchte[70]. Nach diesen Richtungen hin bestimmt sich der Umfang des Interesses für den Fall des Ausbleibens der Leistung, unter Berücksichtigung der Zeit und des Orts derselben für den Werth der Sache selbst[71]. — Hierher ist auch zu rechnen, dass der Verkäufer den Käufer mit den rechtlichen Verhältnissen bezüglich der Sache, welche demselben von Interesse sein müssen, bekannt machen[72], von gekauften Grundstücken ihm die Grenzen zeigen[73], die dasselbe betreffenden Urkunden auf Verlangen ihm vorzeigen[74], und die Steuer- und Abgabenquittungen herausgeben muss[75]. — In Verbindung mit dieser Verpflichtung des Verkäufers im Besonderen steht die rücksichtlich deren Erfüllung bis zur Uebergabe zu vertretende Aufsicht und Verwahrung des verkauften Gegenstands, wofür die allgemeinen Regeln aus §. 101. S. 335 ff. zur Anwendung kommen[76].

Sind Rechte Gegenstand des Kaufs gewesen, so vertritt die Stelle der Uebergabe diejenige Handlung, wodurch dem Käufer das Recht zugewendet, d. i. er in den Stand gesetzt wird, darüber zu verfügen; rücksichtlich verkaufter Servituten also ergreifen die Grundsätze von deren vertragsmässigen Bestellung Platz, s. §. 64. A. I., wonach dieselben mit Abschluss des auf ihre Bestellung gerichteten Kaufs als wirklich bestellt, mit Ausübung ihrer selbst aber erst in Quasibesitz genommen erscheinen, s. das. B. I. Die für verkaufte Grundstücke bestehenden Servituten kön-

[67] Ein Beispiel dazu enthält schon fr. 42. *d.*, die Natur der Sache bringt es jedoch hier mit sich, dass bei beweglichen Sachen die vorgedachte Beschränkung häufiger Platz finden, und meist nur auf solche die Ausdehnung dieser Regeln möglich sein wird, welche nach Zahl, Maas und Gewicht gekauft werden.

[68] Fr. 5. pr. 11. §. 17. fr. 13. §. 18. 31. fr. 15. 17. 23. (26.) 27. 38. (pr.) §. ult. fr. 52. §. 3. (fr. 53. pr.) fr. 54. §. 1. *eod.* Die eingeklammerten Stellen handeln von ausdrücklich bestimmtem Zubehör. Vergl. §. 101. Nr. IV. z. A.

[69] Fr. 6. §. 6. *eod.;* einem verkauften Grundstück zuständige Servituten gehören nothwendig dazu, fr. 47. 48. *h. t.* s. §. 57. Nr. 3. §. 64. z. A. und im Text vor Anm. [77].

[70] Fr. 13. §. 10. *eod.*

[71] Vergl. §. 86. II. A. B. a,. In diesem Gebiet begegnet man häufig anstatt des Interesses für den Hauptgegenstand, und meist anstatt des ausschliesslichen beim eigentlichen Waarenhandel, also zwischen Kaufleuten, oder doch bei der vorwaltenden Absicht, Handel zu treiben, die Forderung der Differenz zwischen dem Kaufpreis und dem höheren Marktpreis zur Lieferungszeit eingeklagt. Das Eigenthümliche, wenn man dies für statthaft erachtet, besteht darin, dass man damit dem Käufer das Recht einräumt, nach eingetretener *mora* die Annahme der gegnerischen Leistung ebensowohl wie die eigene Leistung zu verweigern. Und es rechtfertigt sich allerdings für den vorausgesetzten Fall das Zurücktreten vom Geschäft mit der Forderung der Differenzsumme nach dem Satz bei Anm. [11] des §. 93. S. auch Thöl Handelsr. S. 273 ff. 277 ff. Vergl. noch Anm. [54].

[72] Fr. 48. *eod.*

[73] Fr. 48. *d.* fr. 18. §. 1. *h. t.* Nach fr. 35. §. 8. *h. t.* sollen auch die Nachbarn namhaft gemacht werden; nach fr. 63. §. 1. *eod.* aber soll der genaue Nachweis des Flächeninhalts (*demonstratione fundi facta*) dies erledigen. Beides ist ohne Zweifel so zu vereinigen, dass im zweiten Fall die Nachbarn als bekannt vorausgesetzt sind, und also der Satz der ersteren Stelle immer stehen bleibt, dass, wenn der Verkäufer absichtlich einen Nachbar verschwiegen, *quem emtor, si audisset, emturus non esset, venditorem teneri.* Vergl. Anm. [99] z. A. a.

[74] Fr. 48. *d.*

[75] Fr. 52. pr. *de A. E.*

[76] S. im bes. fr. 3. *de Periculo et commodo,* fr. 1. §. 1. fr. 2. §. 1. fr. 3. 14. pr. u. §. 1. *eod.* §. 3. *I. de Emtione*, fr. 35. §. 14. *h. t.* fr. 13. §. 16. fr. 54. pr. *de A. E.* fr. 5. §. 2. *Commodati* (*verb. Sed ubi utriusque etc.*) und als jenseits dieser Grenze gelegen, s. fr. 35. §. 4. *h. t.* fr. 11. *de Periculo et commodo*, §. 3. *I. d.*

nen nur mit diesen selbst verkauft werden, gehören aber, wenn sie nicht bei dieser Gelegenheit aufgehoben werden, nothwendig dazu (s. §. 57. Nr. 3, §. 64. z. A.). Einer besonderen Uebertragung derselben bedarf es nicht, allerdings aber muss der Verkäufer dem Käufer, um ihm den Quasibesitz derselben zu verschaffen, die Möglichkeit der Ausübung gewähren [77]. — Bei verkauften Forderungen ist an Stelle der Uebergabe die Cession der Klage [78] und mit dieser überhaupt hier das ganze Geschäft verbunden zu denken; das Weitere darüber gehört daher in die Lehre von der Cession.

b) Der Verkäufer hat ferner [79] dem Käufer zu gewähren, dass der Gegenstand

[77] Dies folgt aus dem Vorherigen, vergl. übrigens Lindelof in der Zeitschrift Bd. V. S. 408 ff. S. Anm. [69].

[78] Fr. 2. §. 8. fr. 6. 28. pr. *de Hered. vend.* fr. 52. §. 2. *de A. E.*

[79] Ueber die oben folgende besondere Verpflichtung bestehen im R. R. die civilrechtlichen Bestimmungen einschliesslich der *interpretatio prudentum*, und die des ädilitischen Edikts einschliesslich derselben, neben einander, die zwar in vielen Hauptpunkten zusammentreffen, und beide die Tendenz verfolgen, die Verbindlichkeit des Verkäufers möglichst zu erweitern und zu sichern, aber in dem ursprünglich eingeschlagenen Gang, in der Berücksichtigung der einzelnen Fälle und in den Rechtsmitteln differiren. S. Neustetel und Zimmern römischrechtl. Unters. S. 155 ff. Unterholzner im Arch. Bd. VI. S. 60 ff. und Schuldverh. Bd. II. S. 264 ff. Herm. Keller in Sell's Jahrb. Bd. III. S. 86 ff. und Vangerow's Rekapitulation in s. Leitf. Bd. III. S. 301. Die Grundzüge der allmäligen Bildung (über welche im Einzelnen mancher Streit herrscht, der jedoch mit dem Obsieg der Meinung als geendet anzusehen ist, dass die Erweiterungen vom Edikt ausgegangen seien, und dieses auf das Civilrecht zurückgewirkt habe) sind diese: nach *Cic. de Offic.* III. 16. brauchte der Verkäufer zu den Zeiten der Zwölftafeln nur für diejenigen Fehler und Mängel einzustehen, in Betreff deren eine ausdrückliche Zusage geschehen war; die Rechtsgelehrten erkannten sodann, nach derselben Nachricht, auch eine Haftung aus verschwiegenen Fehlern verkaufter Grundstücke an, die sich in den Pandekten auf bewegliche Sachen ausgedehnt findet, s. z. B. fr. 4. pr. *de A. E.* fr. 38. §. 7. in f. *de Aedil. Ed.* (unter der obigen Textnummer fortan *h. t.* cit.) Vergl. bes. Keller a. a. O. S. 90 ff. Zu diesen civilrechtlichen Bestimmungen, welche also die *actio emti* begründeten, kam nun das Edikt der kurul. Aedilen, welche die Ordnung des Markthandels zu überwachen hatten, hinzu. Darin wurde, um der vorigen Progression hier wieder zu folgen, ebenfalls das ausdrückliche Gutsagen für Fehler und Mängel, oder von Eigenschaften als bündig anerkannt, und zwar auch wenn es nicht in *ipsa venditione*, sondern vorher oder nachher geschehen war, s. z. B. fr. 19. §. ult. fr. 20. *h. t.* (vergl. zum letzteren Glück Bd. XX. S. 157. [68]); es wurde ferner dem Verkäufer aufgegeben, die Fehler und Mängel dem Käufer anzuzeigen, und das ist der Hauptinhalt des Edikts selbst, fr. 1. §. 1. und fr. 38. pr. und §. 5. *h. t.*, (welches übrigens schwerlich unverändert in diesen Stellen enthalten ist, denn s. *Gell. Noct. Att.* Lib. IV. c. 2.) auch für den Kontraventionsfall die eigenthümliche *actio redhibitoria*, und zur Auswahl *quanti minoris* (fr. 25. §. 9. fr. 45. *h. t.*) eingeführt. Allein das Wichtigste ist die neue Bestimmung in fr. 1. §. 2. *h. t.* (welche aber nur durch Auslegung gewonnen worden ist, wenn uns nicht etwa die Worte des Edikts fehlen, vergl. *Cic. l. l.*), dass der Verkäufer auch für die ihm selbst unbekannt gewesenen Fehler einstehen muss, die er hätte kennen und anzeigen sollen. Vergl. Keller a. a. O. S. 92 ff. Diese wesentliche Erweiterung ist aber auch schon zeitig in das Civilrecht übergegangen, fr. 45. *de Contrah. emt.* fr. 6. §. 4. fr. 11. §. 7. 8. fr. 13. pr. §. 1. *de A. E.* (vergl. dazu Unterholzner im Arch. a. a. O. S. 109 f. und Keller a. a. O. S. 95 ff. bes. wegen fr. 33. pr. *h. t.* und S. 116. wegen fr. 6. §. 4. *h. t.*) — Das Edikt ferner betrifft ursprünglich (wohl vermöge der Kompetenz seiner Urheber?) nur Sklaven, Last- und Zugthiere (*jumenta*) und *ceterum pecus* (fr. 38. §. 5. *h. t.*), allein sehr früh schon wurden seine Vorschriften auf alle *venditiones rerum*, *tam earum quae soli sint*, *quam earum quae mobiles aut se moventes*, bezogen, fr. 1. pr. 63. pr. *h. t.* und nur die nachher im Text bei Anm. [127] und f. gedachten Ausnahmen anerkannt; auch auf verkaufte Forderungen kann

— wobei wieder vorzugsweise an Sachen zu denken ist, — von der Beschaffenheit sei, und diejenigen Eigenschaften an sich trage, welche der Käufer den geschehenen Zusagen und Bevorwortungen, oder der Natur der Sache, den regelmässigen Umständen und gewöhnlichen Verhältnissen gemäs zu erwarten berechtigt ist, und hat ihm entgegengesetzten Falls für alle Mängel in dieser Beziehung, welche den Werth der Sache bedingen, einzustehen.

Diese Nothwendigkeit beruht:

α) zuvörderst auf der ganz allgemeinen gesetzlichen Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer alle Mängel und Fehler der verkauften Sachen, welche auf deren Werth einen fortdauernden Einfluss ausüben, offen anzuzeigen [80]. Soweit der Verkäufer hierüber schweigt, ist der Käufer berechtigt, den normalen Zustand anzunehmen, also einen fehlerlosen, welcher den Gebrauch und die Benutzung der Sache nach ihrer Natur und Bestimmung gestattet [81]; für den Mangel besonderer, über den

es nicht bezogen worden sein, denn s. fr. 4. *de Hered. vel act. vend.* fr. 74. §. 3. *de Evict.*, indem für deren Güte nicht eingestanden wird, worüber das Weitere in der Lehre von der Cession. (Vergl. noch Neustetel a. a. O. S. 210 ff. Thibaut im Archiv Bd. V. S. 350 ff. Unterholzner a. a. O. S. 76 ff. Keller a. a. O. S. 121 ff.) — Ausser diesen wesentlichsten und allgemeinen Bestimmungen enthält aber das Edikt noch mehrere spezielle und sehr detaillirte, deren Inhalt und Verhältniss zu den civilrechtlichen Bestimmungen in folgenden praktischen Hauptpunkten noch näher zu erörtern ist: 1. Nachdem die Lehre von den Sklaven antiquirt ist, ist dies auch der Unterschied zwischen *vitia animi* und *corporis*, der bezüglich dieser je nach dem Edikt und dem Civilrecht Statt fand; Tücken und Unarten von Thieren gelten als *vitia corporis* (fr. 38. §. 9. fr. 43. *h. t.* vergl. mit fr. 4. §. 3. *eod.*) s. Keller a. a. O. S. 127. und so ist denn gegenwärtig überall nur von *vitia corporis* die Rede. Ich bemerke daher hier für diese ganze Materie, dass ich Alles, was die *vitia animi* betrifft, ganz bei Seite setze, und nur wo es zur Erklärung einzelner Stellen nöthig ist, deren erwähnen werde. Rücksichtlich dieser findet nun 2. eine ganz allgemeine Verantwortlichkeit Statt, ohne dass es auf einzelne besondere *vitia* ankäme; s. lit. a, im Text. (Vergl. Vangerow S. 306.) 3. Rücksichtlich der Art der Sachen findet ein Unterschied nicht Statt, s. weiter oben, und vergl. noch Keller a. a. O. S. 346 ff. und Vangerow S. 305. gegen Busch's beschränkende Meinung im Archiv Bd. XXVI. S. 225 ff. 4. Ein anderweiter, aber besonders zu erörternder Punkt ist der Inhalt der verschiedenen, nach Civilrecht und nach dem Edikt möglichen Klagen, s. Anm. 99. 5. Als ebenfalls antiquirt bei Seite zu setzen ist die im Edikt vorgeschriebene Kaution durch *stipulatio duplae* wegen Erfüllung der dem Verkäufer im Edikt auferlegten Verpflichtungen, vergl. Neustetel a. a. O. S. 236 ff. Keller a. a. O. S. 119. 6. Es wird keinem Bedenken unterliegen, solche auf die ädil. Klagen berechnete Voraussetzungen auch für die civilrechtl., also jetzt als ganz allgemein geltend zu betrachten, welche die Frage betreffen, ob ein gewisser Mangel überhaupt für relevant zu halten sei, so dass man also z. B. nich etwa die *a. emti* für zulässig erachten kann, wo nach Anm. 127 die ädil. Klagen ausgeschlossen sind. Ich erkenne vielmehr darin nur bestimmte Beispiele und Fingerzeige für den Richter zur Beurtheilung faktischer Verhältnisse überhaupt, die ja ohnedies schon seinem Ermessen unterliegen, also auch bei der *a. emti.* Es muss vielmehr in dieser Beziehung, also namentlich rücksichtlich der von Anm. 80 und ff. an folgenden Sätze, die ganze Rechtsmasse als gemeinsam betrachtet werden, auch soweit nicht ausdrücklich eine civilrechtliche Grundlage neben der ädilitischen dafür anerkannt wird.

[80] Fr. 1. §. 1. coll. pr. *h. t.* s. vorige Anm. Vergl. noch Anm. 99 z. A. Nr. 1. a,.

[81] Seiner ursprünglichen Bestimmung nach verbreitet sich das ädil. Edikt vorzüglich auf Thiere (und Sklaven), und so denn besonders auf organische Fehler derselben, aber keineswegs allein, sondern auch auf Unarten, die den Gebrauch hindern, s. z. B. fr. 38. §. 9. fr. 43. *h. t.* (fr. 4. §. 3. *eod.*) vergl. Unterholzner a. a. O. S. 70. [27]. Die analoge Ausdehnung hiervon auf andere Sachen versteht sich von selbst, s. daher z. B. fr. 6. §. 4. fr. 49. *h. t.* fr. 13. pr. *de A. E.* Was den Viehkauf betrifft, so hat sich in der deutschen Praxis oder partikularrechtlich mancherlei festgestellt, besonders beim Pferde-

als gewöhnlichen zu erwartenden Zustand hinausliegender, guter Eigenschaften hat er nicht einzustehen [82]. Die Frage, ob irgend ein Umstand von positiver oder negativer Art für einen auf den Kauf Rückwirkung äussernden Fehler zu halten sei, ist thatsächlicher Natur, und also in den Einzelfällen entweder nach allgemeinen Begriffen und Ansichten vom richterlichen Ermessen, oder mittelst Gutachtens Sachverständiger zu beantworten. Für die äusserlich in die Augen fallenden Fehler, so dass sie von Jedem wahrgenommen und erkannt werden können [83], für die dem Käufer bekannten [84], ausgenommen, wenn vom Verkäufer dennoch ausdrücklich und wissentlich für die Fehlerlosigkeit in diesem Punkt eingestanden worden [85], für unbedeutende, leichte und vorübergehende [86] Fehler hat jedoch der Verkäufer so wenig einzustehen, als für solche, welche zu der Zeit, wo der Kauf abgeschlossen wurde, noch gar nicht vorhanden waren [87], oder sich schon wieder verloren haben [88]. Was von der verkauften Sache selbst gilt, gilt nicht weniger von deren Zubehör als Theilen des Verkaufs [89]. Eigenthümlich aber ist es, dass es den wirklichen Fehlern

handel, vergl. darüber Haubold sächs. R. §. 283. b). Unrichtige Angaben über Alter, Vaterland und Abstammung der Thiere sind in dieser Art wesentlich wirksame Umstände, (fr. 18. pr. 38. §. 10. *h. t.*), s. Gesterding in der Zeitschrift Bd. VI. S. 1 ff. 7 ff.

[82] Dies versteht sich von selbst, s. übrigens fr. 15. *de Periculo et commodo.*

[83] Fr. 1. §. 6. fr. 14. §. 10. *h. t.* (*verb. morbus, qui omnibus potuit apparere*), es kann also auch wegen solcher Fehler geklagt werden, die nur dem Kennerauge nicht entgehen, s. Glück Bd. XX. S. 48. Gesterding im Archiv Bd. IV. S. 18 ff. Wegen der im Text vorausgesetzten Fehler aber ist sogar das ausdrückliche Versprechen der Fehlerlosigkeit erfolglos, fr. 43. §. 1. *de Contrah. emt.*

[84] Fr. 45. *de Contrah. emt.* fr. 1. §. 1. *de A. E.* fr. 48. §. 4. *h. t.* Ist der Handel durch Stellvertreter abgeschlossen worden, so entscheidet die Bekanntschaft des letzteren, es sei denn, dass der Mandant, mit dem Fehler bekannt, den Ankauf ihm aufgetragen habe, fr. 51. pr. §. 1. *h. t.* S. Glück Komm. Bd. XX. S. 51 ff. Unterholzner a. a. O. S. 74. [36] und Mühlenbruch Cession S. 119 ff.

[85] Fr. 4. §. 5. *de Doli except.*; ist es nicht mit Bezug auf einen bestimmten Fehler geschehen, sondern nur allgemein, so bindet dies rücksichtlich der dem Käufer bekannten Fehler nicht, fr. 13. §. 1. *de A. E.*, sollte der Verkäufer selbst den Fehler nicht gekannt haben, so würde er dem Käufer offenbar die *exc. doli* entgegenstellen können. Vergl. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 266. 5.

[86] Fr. 1. §. 8. *h. t.* fr. 54. *de Contrah. emt.* Beispiele s. fr. 4. §. 6. fr. 6. §. 1. 2. p. 10. §. 2. 5. fr. 11. 12. §. 1—4. fr. 14. §. 4—6. fr. 38. §. 8. *h. t.*

[87] Fr. 54. *h. t.* c. 3. *de Aedil. action.*; eine praktisch-wichtige Frage ist natürlich, ob der Keim und Grund zu einem später hervorgetretenen Fehler schon zur Zeit des Kaufabschlusses vorhanden war; meist wird dies durch Sachverständige zu entscheiden sein. Der oft behauptete Gerichtsgebrauch, dass, je nachdem ein Fehler sich binnen oder erst nach 3 Tagen nach Abschluss des Kaufs zeigt, eine Vermuthung für oder gegen seine frühere Existenz streite, ist ganz willkührlich. Vergl. Glück Bd. XX. S. 58.

[88] Fr. 1. §. 10. fr. 16. 17. §. 17. *h. t.*

[89] Fr. 31. §. 25. fr. 32. 33. pr. *h. t.* fr. 27. *de A. E.* Zwischen den vorletzten Stellen und fr. 54. §. 1. *de A. E.* ist nur ein scheinbarer Widerspruch verhanden, der sich wohl durch die Annahme löst, dass der Verf. des letzteren dabei nicht gerade einer weniger strengen Meinung gewesen sei, aber darauf Gewicht gelegt habe, dass die in derselben erwähnten Fässer eingegrabene waren, für deren unversehrte Beschaffenheit der Verkäufer nicht so sicher einstehen kann. Neustetel a. a. O. S. 165. 204. glaubt, dass von den Accessionen das Nämliche wie von der Hauptsache nur dann gelte, wenn jene ausdrücklich als verkauft mit namhaft gemacht sind, indem er auf fr. 33. *d.* besonderes Gewicht legt. Da indessen doch die Accessionen, wenn von ihnen soll gesprochen werden können, als Gegenstand des Kaufs überhaupt mit in's Auge gefasst worden sein müssen, so sehe ich nicht ein, warum sie ausdrücklich zugesagt sein sollen, um auf sie gleiche Regeln anzuwenden. Wegen fr. 33. *d.* s. auch Keller a. a. O. S. 131. [71]. Nur ist hier die unten bei Anm. [128] folgende Ausnahme nicht zu übersehen.

gleichgeachtet wird, wenn Zierrathen, womit Last- und Zugthiere um des Verkaufs willen, also bei ihrer Feilhaltung, oder doch beim Verkauf geschmückt waren, nicht mit ihnen übergeben werden, indem diese auch in gewissem Sinn als Zubehör betrachtet werden [90].

β) Es können ferner gewisse Eigenschaften der verkauften Sache ausdrücklich zugesagt und verheissen, oder das Abhandensein gewisser Mängel und Fehler versichert worden sein, woraus dann ein besonderer Verpflichtungsgrund, dafür einzustehen, entspringt [91]. Hierbei ist es nicht nothwendig, an die ausgeprägte Form des Vertrags zu denken, vielmehr reichen einseitige Versicherungen und bestimmte Anrühmungen hin, sobald nur daraus hervorgeht, dass der Verkäufer dem Gegenstand eine gewisse Eigenschaft oder einen Vorzug in der Weise beilegt, dass er dafür einstehen wolle [92]; den Gegensatz dazu bilden blosse und allgemeine Lobpreisungen und Empfehlungen [93], deren Grenzen freilich nicht durch eine allgemeine Rechtsnorm zu bestimmen, sondern für den Einzelfall dem richterlichen Ermessen anheimgegeben sind [94]. Liegt jedoch das, was der Verkäufer anrühmt, offen vor, so bindet er sich dadurch in keiner Weise [95]. Ueberhaupt aber dürfen die verheissenen Eigenschaften nicht gerade als von der ersten Güte und dem höchsten Grad verstanden, sondern es soll hier immer schon ein nur mittlerer und mässiger für genügend erachtet werden [96], sobald nicht ausdrücklich etwas Vollkommenes und von bester Qualität versprochen worden ist [97]. Zusagen und Versicherungen dieser Art können auch stillschweigend als gegeben angesehen werden; so z. B. wenn Sachen zu einem

[90] Fr. 38. pr. §. 11. *h. t.* vergl. Glück Komm. Bd. XX. S. 33. [1]. Es ist Streit entstanden, was unter der Verpflichtung wegen der *ornamenta*, — womit eine römische Sitte angedeutet ist, von der es dahin stehen mag, ob sie von einer praktischen Bedeutung sei, — eigentlich zu verstehen sei. Gewöhnlich wird die Vorenthaltung der Ausschmückungen verstanden, s. Unterholzner a. a. O. S. 84. Neustetel a. a. O. S. 201. versteht hingegen, dass das Geschirr, so gut es des Verkaufs wegen aufgelegen, mit übergeben werden solle; Mühlenbruch §. 400. a. E. endlich, dass das Thier wirklich in der Beschaffenheit zu gewähren sei, die es durch den Schmuck oder künstliche Mittel zu haben geschienen. Ihm tritt Keller bei, S. 134. Ich halte die erste Erklärung für richtig, wegen des gebotenen *restituere*, was hier *tradere* bedeutet, s. Unterholzner, und weil die *Basil.* XIX. 10. 34. die Stelle davon, *ut ornamentum vendendi caussa impos. praestetur*, verstehen und wiedergeben. (Ganz dieselben Beweisgründe finde ich bei Vangerow a. a. O. S. 306 f.) Die Schlussworte deuten denn auch die besondere nach fr. 38. pr. *h. t.* bestehende rechtliche Möglichkeit an, die *ornamenta* mit der kurzen ädilitischen Klage nachzufordern, welche sich in der nachher folgenden Reihe der Rechtsmittel ihrer Unwichtigkeit wegen nicht gedenken liess; vergl. noch Anm. [99] a. E. Nr. 3. und bei und in Anm. [125].

[91] Fr. 1. §. 1. fr. 17. §. 20. fr. 18. 19. §. 1. fr. 31. §. 1. fr. 38. §. 10. fr. 52. *h. t.* fr. 66. pr. *de Contrah. emt.* fr. 6. §. 4. 6. fr. 13. §. 3. 4. fr. 21. §. 2. fr. 22. 38. pr. *de A. E.* Aus fr. 20. *h. t.* ergiebt sich, dass die Angaben auch schon vor Abschluss des Kaufs geschehen sein können, also etwa bei Anfragen, Vorverhandlungen u. s. w., und dennoch in obiger Art wirksam sind. Vergl. über diese Stelle Glück Bd. XX. S. 157 f. und s. noch Anm. [81] a. E. Verträge und formelle Zusagen dieser Art sind bei den Römern als ebenso häufig zu denken, wie sie bei uns selten sind. S. noch Anm. [79] 5.

[92] Fr. 19. pr. §. 3. *h. t.* (s. noch §. 2. *eod.*) Die Acceptation kann übrigens als stillschweigend geschehen angesehen werden.

[93] S. die Stellen der vorigen Anm. und fr. 37. *de Dolo* und fr. 43. *de Contrah. emt.*; allerdings aber kann er durch einen hierbei begangenen *dolus* verantwortlich werden. Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 62. [5].

[94] Vergl. Neustetel a. a. O. S. 188., aus einer darin abweichenden Ansicht ist wahrscheinlich der Widerspruch des fr. 19. pr. *h. t.* und fr. 13. §. 3. *de A. E.* entstanden.

[95] Fr. 43. *de Contrah. emt.*

[96] Fr. 18. pr. fr. 19. §. 4. *h. t.*

[97] Fr. 18. §. 1. *h. t.* fr. 75. §. 2. *h. t.*

bestimmten erklärten Zweck gesucht oder angeboten werden, welcher gewisse Eigenschaften derselben voraussetzt [98].

Der mögliche Inhalt [99] der dem Käufer aus der dem Verkäufer nach dem Vor-

[98] Puchta §. 363. z. A. rechnet hierher auch den Kauf nach Probe, darin scheint mir aber vielmehr eine ausdrückliche Verheissung zu liegen.

[99] Aus den in Anm. [79] geschehenen Andeutungen erhellt schon, dass in dem folgenden Gebiet die civilrechtlichen und ädilitischen Klagen mehrfach zusammentreffen müssen. Es fragt sich daher, ob und wie beide nach Wegfall der im Formularprozess bestandenen Unterscheidungsmerkmale in einander verschmolzen worden, und worin eine Verschiedenheit noch übrig und kenntlich sei? Hierüber bestehen manche sehr von einander abweichende Grundanschauungen, die denn mit der Anm. [79] z. A. angedeuteten Meinungsverschiedenheit über den gegenseitigen Einfluss des Civilrechts und des ädil. Edikts zusammenhängen; vergl. Neustetel S. 167. und dagegen Keller a. a. O. S. 141., nur muss ich dazu gleich hier noch bemerken, dass, wenngleich ich annehme, dass das letztere mit seinen Grundsätzen das erstere durchdrungen habe, ich keine Nothwendigkeit sehe, warum dadurch die prozessualischen Formen der verschiedenen Jurisdiktion verwischt sein müssten. Die ursprünglichen Verhältnisse sind diese: 1) nach Civilrecht ist: a, zuvörderst wegen eines in Betreff einer gewissen Eigenschaft des Kaufobjekts vom Verkäufer begangenen *dolus caussam dans*, die *a. emti ad resolvendam emtionem* begründet, fr. 11. §. 5. *de A. E.* vergl. §. 22. bei und in Anm. [13] und §. 98. Anm. [11]. Gewissermaassen gehört hierher auch das Verschweigen eines dem Käufer widerwärtigen Nachbars an dem gekauften Grundstück, dessen Kenntniss den Käufer vom Kauf abgehalten haben würde, wenn man es nicht als verschwiegenen Fehler des letzteren betrachten will, s. fr. 35. §. 8. *de Contrah. emt.*; natürlich aber muss der Verkäufer diesen Umstand ebenfalls gekannt haben. Da nun das Unbekanntbleiben mit den Nachbarn eines Grundstücks, welches man kaufen will, dem Käufer selbst oft mit Recht den Vorwurf eigener Nachlässigkeit zuziehen wird, so wird sich von diesem Satz selten eine Anwendung machen lessen. b, Es können ferner mit *a. emti* natürlich die besonderen Versprechen und Zusagen geltend gemacht werden, also das Interesse daran; s. z. B. fr. 15. *de Periculo et commodo* und Anm. [91] zweite Hälfte der citt. Stellen. c, Auch ohne solche aber haftet mittelst derselben der Verkäufer wegen der gesetzlich zu vertretenden Fehler, und zwar, wenn er sie *sciens vendidit*, auf das volle Interesse, und *omnia detrimenta, quae ex ea emtione emtor contraxit*, wenn *ignorans*, nur *quanto minoris essem emturus, si id ita esse sciissem;* fr. 13. pr. §. 1. 2. *de A. E.* fr. 45. *de Contrah. emt.* (letzteres ist sicherlich Folge ädil. Einflüsse auf das Civilrecht, s. weiter unten Nr. 4,.) d, Ebenso findet, *si dolo venditor fecit, ut rem pluris venderet*, also ihr besondere gute Eigenschaften nachrühmend, *a. emti* auf Ersatz dessen Statt, *quanto pluris emtor emisset*, fr. 13. §. 4. *de A. E.*, doch dürfen es nicht wesentliche Eigenschaften sein, deren Abhandensein würde dann nach dem Gesichtspunkt unter b, zu beurtheilen sein; fr. 6. §. 4. fr. 13. §. 3. *eod.*; auch ist hierbei nach der letzten Stelle Wissen und Nichtwissen ohne Einfluss, denn *non debuit venditor facile, quae ignorabat, asseverare.* Ueber die erste Stelle ist manche eigenthümliche Erklärung versucht worden. — Das Interesse kann übrigens, wenn der verschwiegene Fehler von der Art ist, *ut emtor ob id emturus non fuerit* (um hier die Worte des nachher unter Nr. 2. cit. fr. 25. §. 1. *de Exc. rei jud.* zu brauchen), auch in der völligen Auflösung des Kaufs bestehen, fr. 11. §. 3. *de A. E.* (vergl. Keller a. a. O. S. 154 f. Unterholzner Arch. Bd. VI. S. 82. [46] will auch §. 5. *eod.* hierherziehen, s. dagegen den ersteren S. 157 f.), denn, wenn der Käufer den Gegenstand um gar keinen Preis gekauft haben würde, hätte er seinen Fehler gekannt, so besteht sein Interesse nothwendig darin, alles rückgängig zu machen. Abgesehen hiervon aber, wird es meistens nur auf die Differenzsumme *quanti minoris emerit* hinauskommen, und nur besondere Umstände werden einen weiterreichenden Schaden veranlassen (s. z. B. fr. 6. §. 4. *de A. E.*). 2. Nach den im ädil. Edikt begründeten Klagen, *redhibitoria* und *quanti minoris*, zwischen welchen dem Kläger unter allen Umständen die freie Wahl zusteht, (fr. 18. pr. 38. pr. 43. §. 6. fr. 48. §. 1. 2. *h. t.* fr. 25. §. 1. *de Except. rei jud.*, die früher gewöhnliche Unterscheidung zwischen Haupt- und Nebenmängeln, als eine und die andere bedingend, ist unrichtig, s.

stehenden obliegenden Verantwortlichkeit erwachsenden Rechte ist entweder die Auflösung des Kaufs, so dass Alles rückgängig wird, was zwischen ihnen darüber bestimmt und bereits ausgeführt worden, oder die verhältnissmässige Minderung des

Glück Bd. XX. S. 117 ff., Unterholzner S. 88. s. jedoch nachher Anm. [90]) wird resp. die Wiederaufhebung des ganzen Geschäfts, oder die verhältnissmässige Minderung des Preises gefordert, s. die Stellen der Anm. [100] und [120]. Was fr. 25. §. 1. *de Except. rei jud.* von der *a. qu. min.* sagt, hat offenbar nur für den Formularprozess Bedeutung. Beide finden a, dann Statt, wenn rücksichtlich des Abhandenseins von Fehlern oder des Vorhandenseins gewisser Eigenschaften ausdrückliche Zusagen und Versprechen geschehen, (fr. 1. §. 1. *h. t. v. sive adversus quod dictum promissumve fuerit etc.*, vergl. noch Anm. [91] erste Hälfte der cit. Stellen). b, Ferner dann, wenn nichts der Art vorangegangen ist, und zwar sowohl, wenn der Verkäufer die Fehler gekannt, als, wenn er sie nicht gekannt hat. Es scheint indessen c, nach den Schlussworten des fr. 1. §. 1. *h. t.* für den Fall des *a sciente* geschehenen dolosen Verkaufs die Klage auf das volle Interesse, wie die *a. emti* unter 1. c, als gerichtet angenommen werden zu müssen. Der Zweifel über diesen Punkt, welchen wahrscheinlich auch das dunkele fr. 37. *de Dolo malo* betrifft, vergl. *Noodt Comm. ad h. t. Op.* T. II. p. 357. [a], und Neustetel a. a. O. S. 184. [3], ist übrigens, wie sich nachher zeigen wird, praktisch irrelevant. — Fragt man nun nach dem Verhältniss und der Gestalt dieser objektiv in allen Hauptpunkten zusammentreffenden civilrechtlichen und ädilitischen Klagen im heutigen Recht, und zieht man dabei die neuesten zum Theil sehr gründlichen und gelungenen Untersuchungen über das ursprüngliche Verhältniss beider zu einander zu Rathe, so erscheinen überall immer noch beiderlei Arten von Klagen in ähnlicher Weise zur Auswahl neben einander, wie diese nach fr. 19. §. 2. fr. 51. pr. *h. t.* Statt hatte. Bei Neustetel zwar, a. a. O. S. 253 f., ist dies nur zum Theil der Fall, allein vorzüglich wegen seiner darin irrigen Ansicht, dass die *quanti min. a.* keine ädil. Klage, sondern nichts weiter, als die *a. emti* sei, vergl. darüber Unterholzner im Arch. Bd. VI. S. 109 f. und Keller a. a. O. S. 141 ff. Dem ersteren scheint es um ein praktisches Resultat in der angegebenen Richtung nicht zu thun gewesen zu sein; der letztere aber hat S. 170., soweit er diesen Punkt überhaupt berührt, *a. emti* und ädil. Klage als solche neben einander, wie er sie von S. 139. an als verschiedene darstellt. Nach m. E. sind aber vielmehr schon, seitdem die formellen Verschiedenheiten der Klagen verschwunden sind, und für die Anwendung des R. R. in Deutschland ganz sicher, die hier besprochenen Klagen, soweit sie in ihren Voraussetzungen wie in ihren praktischen Zwecken zusammentreffen, nicht mehr als verschiedene neben einander, sondern vielmehr immer als respektive eine anzusehen. Demgemäs sind also die sämmtlichen dieser Sphäre angehörigen vom Standpunkt des heutigen Rechts also aufzufassen. Wir haben: 1) die unter Nr. 1. a, gedachte Klage, *a. emti*, welche für sich u. ganz unabhängig vom ädil. Edikt besteht (s. im Text Nr. 1.) 2) Sind besondere Versprechen und Zusagen bezüglich gewisser Fehler oder guter Eigenschaften geschehen, so sind nach 1. b, resp. c, und 2. a, die *a. emti* und die ädilitischen Klagen begründet. Da nun beide in Wirkungen und Dauer sehr verschieden sind, so fragt sich, ob nicht hier, ungeachtet der Gleichheit der Voraussetzungen der ausdrücklichen Zusage, verschiedene Klagen dennoch fortwährend anzunehmen seien? Dieses ist mit folgender näheren Bestimmung zu bejahen. Die möglichen Zwecke, welche die *a. emti* vermöge ihrer allgemeinen Richtung auf das Interesse überhaupt haben kann, sind: Wiederaufhebung des Kaufs, Minderung des Preises, Schadensersatz ausserdem; letzterer izt auch neben den beiden ersteren Forderungen denkbar. Wenn nun dagegen die ädilitischen Klagen nur die beiden ersteren alternativ gewähren, und zwar auch nur binnen einer kürzeren Frist, im heutigen Prozess aber, auch wenn man die *a. emti* anzustellen beabsichtigt, das Klagegesuch sich in einer dieser bestimmten Richtungen aussprechen muss, so fehlt es in dem Fall, wenn ein besonderer Schadensersatz neben einem der beiden anderen Anträge nicht gefordert werden kann, und gefordert ist, dennoch nicht an allen Unterscheidungsmerkmalen, ob jene, oder eine ädilitische Klage angestellt sei. Die *a. emti* nämlich hat nach der Bemerkung Nr. 1. a. E., wenn die Wiederaufhebung des Kaufs damit soll erreicht werden können, weiterreichende Voraussetzungen, während die ädilitische Klage darauf, ohne dass auf die Qualität der Fehler weiter

Preises, oder die Forderung von Schadensersatz noch ausserdem. Diese Rechte können jedoch nicht willkührlich ausgeübt werden, sobald sich die thatsächlichen Voraussetzungen darbieten, um das Interesse so, oder so berechnen zu können, son-

etwas ankommt, beliebig neben *a. quanti minoris* zusteht; offenbar müssen jene in der Klageschrift mit angegeben sein, wenn der Antrag auf Wiederaufhebung als begründet erscheinen soll, und die Umstände nicht von der Art sind, dass die ädilitische Klage noch zulässig wäre, d. h. wenn deren kurze Verjährungsfrist schon abgelaufen ist. Wenn dagegen die *a. emti*, in Ermangelung eines weiterreichenden Interesses, (s. Nr. 1. a. E.) nur auf die Differenzsumme des *quanti minoris* gerichtet wird, so fehlt es seit Aufhebung des Formularprozesses an Unterscheidungsmerkmalen zwischen ihr und der ädilitischen *a. quanti min.*, wenn wir, wie man doch wohl darf, annehmen, dass auch die *a. emti* seitdem das desfallsige Gesuch, und nicht blos das allgemeine auf das *id quod interest* habe enthalten müssen, — gegenwärtig aber, wo dieses Erforderniss für das einzige Hauptgesuch gewiss gestellt werden muss, ohne allen Zweifel. Da nun die Aedilen die kurzen Verjährungsfristen nur für ihre eigene Jurisdiktion aufgestellt haben, (*judicium dabimus*, fr. 1. §. 1. fr. 38. pr. *h. t.*) die *a. emti* also vor anderer Jurisdiktion in keiner Weise beeinträchtigen wollten und konnten, so folgt nothwendig, dass in dem hier vorausgesetzten Fall ein Unterschied zwischen der *a. emti* und der *a. quanti min.* gar nicht mehr besteht, sondern letztere in die erstere aufgegangen ist. — Hieraus ergeben sich nun für das heutige Recht nach der Voraussetzung dieser Nummer die im Text unter Nr. 2. enthaltenen Resultate. Hätte man dies recht beachtet, so hätte eigentlich die Meinung vieler Aelterer nicht Wurzel fassen können, die noch Glück Bd. XX. S. 154. theilte, dass mit Verstreichung der Frist für die ädilitischen Klagen, *redhib.* wie *quanti min.*, auch die *a. emti*, sofern sie auf dieselben Zwecke gerichtet werden könne, verjähre. Wenn man sich aber dabei auf c. 2. *de Aedil. act.* berufen hat, so hat man übersehen, dass dem Inhalt dieses Reskripts zufolge die *a. emti* gar nicht in der Anfrage enthalten gewesen sein kann, vielmehr ist aus dem angegebenen Fehler (*fugitivum esse servum*, s. fr. 1. §. 1. *h. t.*) abzunehmen, dass nur wegen der ädilitischen Klagen angefragt war; und dass der Kaiser alle hier nach fr. 13. §. 1. *de A. E.* möglichen Fälle habe berücksichtigen und danach Belehrung ertheilen müssen, und da er dies nicht gethan, aus seinem Schweigen über die *a. emti* jene Folgerung zu ziehen sei, wer will das behaupten? — Vergl. auch Gesterding in d. Zeitschrift Bd. VI. S. 18 ff. und Keller a. a. O. S. 165 ff. 3, Nach Nr. 1. c, und Nr. 2. c, treffen im Fall eines wissentlichen Verkaufs heimlich fehlerhafter Sachen die *a. emti* auf das volle Interesse mit der Verheissung der Aedilen zusammen; *hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur*, *judicium dabimus*. Ist nun aber hiermit eine Klage gleicher Art wie die *a. emti* nach Nr. 1. c, oder eine besondere ädilitische Klage gemeint? Der ganze Zusammenhang der Ediktworte zeigt, dass von verschiedenen *judiciis*, welche die Aedilen geben wollen, die Rede ist; dass nun hier nicht eine der *a. emti* völlig analoge Klage zu verstehen sei, sondern die redhibitorische, lässt sich mit irgend einem nur scheinbaren Grunde nicht unterstützen; allerdings kann es keinem Zweifel unterliegen, dass die letztere, wenn sie schon wider den *ignorans venditor* Platz ergreift, um so mehr gegen den *sciens* wirksam sein müsse, hier jedoch handelt es sich nicht darum, sondern um die Frage, ob das ädilitische Edikt auch noch eine andere Klage gewähre? Indessen wird dennoch hier sich kein praktisch verschiedenes Resultat ergeben. Denn, angenommen, wofür Alles spricht, es ist im Edikt eine der *a. emti propter dolum* analoge Klage gemeint, (eine andere, oder anders geeigenschaftete besondere Klage anzunehmen, fehlt es an jedem Grunde,) so muss sie mit dieser völlig zusammenfallen, und wir haben jetzt nur eine auf das Interesse im weitesten Umfang, also auch dem der vorigen Nr. 2, gemäs bis zur möglichen Aufhebung des Kontrakts, ohne ädilitische Verjährungsfrist. Angenommen hingegen, es wäre die redhibitorische *contra scientem* gemeint, wofür §. 2. *ej.* fr. zu sprechen scheinen könnte, so würde sich die Sache so gestalten. Für's erste bestände die *a. emti propter dolum* dann für sich allein, und zwar auf das volle Interesse; sodann bestünde die redhibitorische Klage *contra scientem*. Das letztere aber, wie vorher schon bemerkt, versteht sich ohnehin von selbst. Hiernächst kommt dann noch die Nr. 1. d. berührte Art doloser Handlungsweise in Betracht, für welche eine Modifikation der Forderung des Interesses bestimmt ist. Die

dern es bestehen für die einzelnen bestimmte rechtliche Voraussetzungen, je nach der dem Verkäufer in Betreff der Erfüllung seiner Obliegenheiten gegen den Käufer zur Last fallenden Handlungsweise. Wenn nämlich:

Resultate dieser Erörterung enthält der Text unter Nr. 3—4. Nach Nr. 1. c, u. Nr. 2. b, endlich kann wegen der selbst dem Verkäufer unbekannt gewesenen Fehler und Mängel der Sache Klage auf Minderung des Preises oder auf Wiederaufhebung des Kaufs angestellt werden. Hier ist das hauptsächlichste Gebiet der ädilitischen Klage, und eine Konkurrenz mit der *a. emti* nur in der ersten Beziehung vorhanden, die aber hier ebenfalls auf das *quanto minoris emerit* beschränkt ist. Während diese also mit der *aedil. a. qu. min.* übrigens durchaus zusammenfallen muss, und vom Civilrecht jener offenbar nachgeformt ist, ist doch die Frage von der Verjährungsfrist für sie von besonderem Interesse. Allgemein (s. z. B. Thibaut Besitz u. s. w. S. 141. Unterholzner a. a. O. S. 104 ff. und Verjähr. Bd. II. S. 345. Keller a. a. O. S. 162 ff. und Vangerow a. a. O. S. 302.) glaubt man nun, dass, da dem Voranstehenden nach zu urtheilen, die *a. emti* gegen den *ignorans venditor* ganz der *a. quanti min.* nachgebildet sei, mithin dabei nicht die Grundsätze des Civilrechts, sondern des Edikts zur Anwendung kommen, auch in den nicht speziell in den Gesetzen genannten Beziehungen, also namentlich der Verjährung, die ädilitischen Principien dabei Platz ergreifen müssen; entgegengesetzten Falls würde die Bestimmung des Edikts ihren Zweck verfehlt haben. Ich nehme Anstand, diesem Schluss beizutreten, indem die so modifizirte Klage kaum noch eine *a. emti* im R. R. genannt worden sein könnte, ich glaube vielmehr schliessen zu dürfen, dass, so lange der Unterschied der Formeln und der magistratischen Jurisdiktionen bestand, doch wohl auch für jede Klage die eigenthümliche Verjährungsfrist festgehalten worden sein wird. Ist diese Voraussetzung richtig, so wird unbedenklich nach Wegfall dieser Unterscheidungszeichen weiter geschlossen werden müssen, dass nun nicht die kurze, sondern die längere Verjährungsfrist gelten müsse, denn, wenn man nicht mehr unterscheiden kann, ob eine angestellte Klage die *a. quanti min.* oder *a. emti* sei, so lässt sich unmöglich zum Nachtheil des Berechtigten annehmen, dass nun immer die für die erste und nicht vielmehr die für die zweite bestehende ungleich längere Verjährungsfrist gelten solle. Indessen ist nicht zu verkennen, dass die *a. quanti min.*, bei den hier vorwaltenden Voraussetzungen und zu dem hier vorausgesetzten Zweck, die gangbare und ganz gewöhnliche war, dass mithin die Aufrechterhaltung ihrer Grundsätze, nachdem sie hierin, und also praktisch mit der *a. emti* verschwommen sein musste, im späteren Recht doch wohl von dem Bewusstsein zeigt, dass eben jene, und nicht solche Regeln hier Anwendung finden sollten, welche erst durch eine wenn auch theoretisch richtige, so doch jeden Falls nicht auf der Hand liegende Folgerung und Kombination gewonnen werden mussten. Kommt nun hierzu, dass das Rechtsbewusstsein der Neueren, und bei der Anwendung des R. R. in Deutschland überhaupt, in der der Verjährungsregeln der *a. quanti minoris* wohl niemals geschwankt hat, (über die Verjährung derselben in Exceptionsform s. §. 32. Anm. [39].) so muss allerdings der Satz von der kurzen Verjährungszeit der Klage auf Herabsetzung des Preises auf den Grund von ediktmässigen Fehlern und Mängeln im heutigen Recht als vollständig begründet angenommen werden. Das Resultat hiervon s. unter Nr. 4. im Text. — Ausserdem gehören zu diesem Thema im Ganzen noch folgende Punkte: 1, die Ausnahmen bei Anm. [127]. 2, Die antiquirte Verschiedenheit in fr. 44. §. 1. *h. t.*, indessen ist darüber Streit, ob die hierin enthaltene Vorschrift eine singuläre sei, s. Glück Komm. Bd. XX. S. 110 ff., mir scheint dies so klar gesagt zu sein, dass ich jeden Versuch für vergeblich halte, einen allgemeinen „Billigkeitsgrund" daher zu deduziren. Vergl. auch Keller S. 161 f. Mit der Berechtigung und Verpflichtung mehrerer Käufer in Betreff der Redhibition verhält es sich also. Haben mehrere von Einem gekauft, so kommt es darauf an, ob sie *pro parte*, oder *in solidum* und *uno pretio* gekauft haben; im ersten Fall kann jeder *pro parte* klagen, im zweiten entweder nur alle vereint, oder es muss der einzeln auftretende Kläger die Redhibition im Ganzen bewerkstelligen; dem letzten Fall steht dergleich, wenn ein Käufer mehrere Erben hinterlassen hat, fr. 31. §. 5. 6. 10. *h. t.* vergl. Ribbentrop Korr.-Obl. S. 163. und Glück a. a. O. S. 108. Haben mehrere an Einen eine Sache verkauft, so kann der Käufer, je nachdem es *pro parte* oder *in solidum* geschah, ebenfalls wider jeden

1. der Verkäufer sich dabei einer solchen täuschenden Arglist schuldig gemacht hat, dass dadurch der Käufer zum Kauf überhaupt veranlasst worden ist, so kann letzterer die Wiederaufhebung desselben beantragen, und seinen sonst noch ausserdem dadurch entstandenen Schaden ersetzt verlangen, s. nachher Nr. V. 1.

2. Sind wegen Abhandenseins gewisser Mängel und Fehler, oder wegen Vorhandenseins gewisser Eigenschaften bestimmte Zusagen und Versicherungen geschehen, so kann der Käufer, 1) ohne dass dabei etwas auf die besondere Beschaffenheit oder Wichtigkeit der Fehler oder Eigenschaften ankäme, die Wiederauflösung des Kaufs verlangen, jedoch nur binnen sechs Monaten. 2) Er kann aber auch, je nach seiner Auswahl, auf das Interesse Klage erheben, und dieses kann hier je nach den Umständen eine verschiedene Ausdehnung gewinnen. Ist nämlich der Fehler oder Mangel von der Art, dass die Kenntniss von seinem Vorhandensein den Käufer ganz und gar abgehalten haben würde, den fraglichen Gegenstand zu kaufen, so kann er die Wiederauflösung des Kontrakts fordern. Zieht er es vor, die Sache zu behalten, oder hat er sie gar nicht mehr, so kann er Herabsetzung des Preises, und in diesem, wie im ersteren Fall, wenn Grund dazu vorhanden, den vollen Ersatz alles durch die Fehlerhaftigkeit entstandenen Schadens fordern. Hat es der Verkäufer nur darin versehen, dass er, um einen höheren Preis zu erzielen, der verkauften Sache ihr zur Empfehlung gereichende, jedoch für ihren eigentlichen Gebrauch nur unwesentliche Eigenschaften nachgerühmt hat, so haftet er nur auf Herabsetzung des Preises. In der Zeit der Klagenanstellung ist der Käufer in allen diesen Fällen nicht weiter beschränkt.

3. Hat der Verkäufer, abgesehen von besonderen Versicherungen und Zusagen in Betreff von Fehlern und Mängeln, gegen den Käufer solche verschwiegen, die ihm bekannt waren, so kann er wegen dieser dolosen Handlungsweise auf demselben alternativen Weg, wie unter der vorigen Zahl gesagt worden, in Anspruch genommen werden.

4. Waren ihm dagegen die Fehler und Mängel selbst unbekannt, so haftet er

Verkäufer solchergestalt klagen, fr. 31. §. 10. *d.* Der Verkauf *uno pretio* kann nicht schlechthin als *in solidum* beabsichtigt angesehen werden. Von den Zweifels- und Entscheidungsgründen, die Ribbentrop a. a. O. S. 167 ff. wider und für die Singularität der in fr. 44. §. 1. *d.* enthaltenen Vorschrift in Betreff der *venaliciarii* aufstellt, erkenne ich die ersteren ebenso unbedenklich für überwiegend an, als ich nicht zugeben kann, dass in fr. 31. §. 10. *d.* in den Worten *si quasi plures rei etc.* nicht von einem Verkauf *in solidum*, sondern nur von *uno pretio* die Rede sei. (S. 160 ff.) 3, Eigenthümlich ist es, dass die *ornamenta vendendi caussa imposita* der Zug- und Lastthiere nur mit der *aedil. actio* ersetzt verlangt werden können, und nur binnen 60 Tagen, in anderer Beziehung also gar keine Oblig. dazu besteht, vgl. bei u. in Anm. 90 u. 125. 4, Die in fr. 31. §. 22. *h. t.* angeordnete *aedil. in factum actio* erscheint jetzt als eine den allgemeinen Regeln von den Verträgen, hier im Besonderen denen vom Reuvertrag unterliegende Klage, s. §. 101. bei und in Anm. 3; s. noch c. 4. *de Aedil. act.* Vergl. noch Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 243. Anm. a) a. E. 5, Die in fr. 31. §. 17—19. *h. t.* für den Fall anerkannte *aedil. in factum a.*, (vergl. Glück Bd. XX. S. 138 ff.) dass beide Kontrahenten über die Redhibition in Güte einig geworden, hat mit Aufhebung des Formularprozesses alle und jede besondere praktische Bedeutung verloren; es kommen in diesem Fall einfach die allgemeinen Grundsätze von ausdrücklicher oder stillschweigender Wiederaufhebung der Verträge zur Anwendung, vergl. Unterholzner a. a. O. S. 108 f. 6, Antiquirt ferner ist die Klage auf das Interesse, die in fr. 28. *h. t.* erwähnt ist; vergl. Unterholzner a. a. O. S. 106 f. 7, Endlich ist die Verurtheilung auf das Doppelte der *redhib. a.*, s. fr. 45. *h. t.*, antiquirt. Vergl. darüber Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 275. 1. u. 278. 5. — Vollkommen tritt den im vorstehend begründeten, im Text nachher aufgestellten Resultaten bei Schäffer in d. Ztschrft. Bd. VIII. N. F. S. 276.

dennoch dafür in der Art, dass der Käufer innerhalb sechs Monaten auf Wiederaufhebung des Kaufs, oder, wenn er es vorzieht, binnen einem Jahr auf Herabsetzung des Preises klagen kann.

Hierzu gehören noch folgende weitere Bemerkungen:

1) Die Wiederauflösung des Kaufs bezweckt eine vollständige Wiederherstellung der früheren Verhältnisse unter den Kontrahenten [100]. Diese hat also auf Seiten des Käufers die Nothwendigkeit zur Folge, die Sache selbst mit allem Zubehör [101], den gezogenen und zu beziehen gewesenen Früchten und anderem Erwerb aus ihr oder durch sie [102], frei von den durch ihn etwa daran bestellten Pfandrechten oder Servituten [103], in demselben guten Zustand, wie er sie erhalten, und bei eingetretener Verschlechterung mit Vergütung derselben [104], dem Verkäufer zur Zurücknahme anzubieten, und, sobald er wegen seiner Gegenansprüche befriedigt oder doch sicher gestellt worden, herauszugeben [105]; auch hat er dabei wegen der sich künftig erst noch zeigenden Nichterfüllung dieser Obliegenheiten in ihrem ganzen Umfang Kaution zu bestellen [106]. Der Verkäufer muss dagegen dem Käufer ausser dem empfangenen Preis sammt Zinsen [107] alle an die Sache gewendete nothwendige und nützliche Kosten [108] — wobei sich jedoch Fütterungskosten eines Thiers mit dem aus seiner Benutzung gezogenen Vortheil kompensiren [109], — sowie alle des Kaufs wegen gemachte Ausgaben, welche nicht als rein willkührliche, sondern als mit Zustimmung des Verkäufers, indem er sich deren auch nicht würde haben entschlagen können, geschehen erscheinen [110], — ferner, den dem Käufer durch die

[100] Fr. 21. pr. 23. §. 1. 7. fr. 60. *h. t.* fr. 13. §. 2. *de Acquir. possess.* (*venditionis est resolutio, redhibitio.*) Eine ganz verkehrte Ansicht hat Gesterding in d. Ztschrft. Bd. VI. S. 25 ff. auszuführen versucht, nämlich, dass ein Kauf, in Betreff dessen Redhibition möglich ist, *ipso jure* ungültig sei. Sie bedarf durchaus keiner Widerlegung, und er selbst ist in einer wahren Konfusion darüber.

[101] Fr. 1. §. 1. fr. 23. §. 1. fr. 31. §. 2—4. fr. 33. §. 1. *h. t.*

[102] Fr. 1. §. 1. fr. 23. §. 9. fr. 24. fr. 31. §. 2. 3. 4. *h. t.*

[103] Fr. 21. §. 1. fr. 43. §. 8. *h. t.*; was hier vom Pfandrecht gesagt ist, gilt natürlich von den Servituten auch, welche übrigens bekanntlich an sich so wenig wie jenes nach allgemeinen Grundsätzen vom Erlöschen der Sachenrechte durch die Redhibition beeinträchtigt werden. Fr. 4. pr. *Quib. modis pign.*

[104] Fr. 1. §. 1. fr. 23. pr. 25. pr. — §. 8. fr. 31. §. 9. *h. t.* fr. 195. §. 3. *de V. S.*

[105] Nach fr. 25. §. 10. (fr. 29. pr.) *h. t.* soll der Käufer zwar eigentlich zuerst zurückgeben, und dann seine Befriedigung erhalten, fr. 26. *eod.* hilft jedoch der möglicherweise entstehenden Gefährdung dadurch ab, dass dem Käufer Sicherheit bestellt werden, und er dagegen erst zur Herausgabe verpflichtet sein soll. In Betreff des richtigen Petiti der *a. redhib.* meint Gesterding in der Zeitschrift Bd. VI. S. 21 ff., es bestehe nur darin: *ut pretium restituatur*, nicht, dass die Sache wieder angenommen werde, es müsse der Käufer nur zur Zurückgabe bereit sein. Allein die Worte des Edikts (fr. 38. pr. *h. t.*) sind ganz bestimmt dafür, dass sogar nach dem Formularprozess auch auf Wiederannahme geklagt werden kann. Richtig ist es freilich, dass der Verkäufer, wenn er sonst die Sache nicht wieder haben will, zur Annahme nicht gezwungen werden kann, sondern zur *restitutio pretii* allein, nicht weniger aber, dass ganz unbedenklich die Zurücknahme auch in der Klage mitgefordert werden kann, nämlich als vorausgesetzte Folge der Wiederauflösung, ohne dass jene deshalb an einem formellen Fehler litte.

[106] Fr. 21. §. 1. 2. (s. dazu *Cujac. Obs.* XVII. c. 21. in f. Hal. liest *iisdem de rebus*) fr. 30. pr. 46. *h. t.* Wegen der Kautionen vergl. überhaupt Glück Komm. Bd. XX. S. 97 ff.

[107] Fr. 27. *h. t.* fr. 29. §. 2. *eod.*

[108] Fr. 29. §. 3. fr. 30. §. 1. *h. t.*, nach der ersten Stelle findet hierauf keine Klage Statt, sondern der Verkäufer kann deshalb nur ein Innebehaltungsrecht ausüben.

[109] Fr. 30. §. 1. *d.*

[110] Fr. 27. *h. t.* vergl. Glück Bd. XX. S. 80. und die dort Gen. (z. B. öffentliche Steuern, Gerichtskosten, Stempel u. s. w.)

Sache selbst verursachten, und, wenn der Verkäufer den Fehler kannte, oder zwar nicht kannte, jedoch Fehlerlosigkeit versicherte, auch allen sonstigen in Folge des geschlossenen Kaufkontrakts über dieselbe entstandenen Schaden zu ersetzen [111], und jenen von den in Bezug darauf eingegangenen persönlichen Verpflichtungen zu befreien [112]; auch er hat dabei wegen künftig sich noch zeigender Ansprüche dieses Ursprungs Sicherheit zu bestellen [113]. — Hat der Käufer den Gegenstand des Kaufs nicht mehr, um ihn zurückgeben zu können, sei es in Folge geschehener Entwährung, oder erfolgten Untergangs desselben, so ist darum diese Klage nicht weniger möglich [114], und es kommt nur darauf an, ob ihm im letzteren Fall irgend eine Schuld zur Last fällt [115], dann nämlich hat er anstatt der Sache selbst deren Werth in Gelde zu ersetzen, und beziehungsweise in Abzug zu bringen [116]. Entgegengesetzten Falls erledigt sich die Verpflichtung zur Zurückgabe ganz und gar [117]. — Sind mehrere Sachen Gegenstand eines und desselben Kaufkontrakts gewesen, und zwar um eine einzige Kaufsumme, und nur einzelne fehlerhaft, so kommt es in Betreff dieser allein zur Wiederauflösung desselben und zur Zurückgabe des durch die Taxe dieser Sachen, unter Voraussetzung ihrer Fehlerlosigkeit, zu ermittelnden Kaufpreisantheils; ebenso natürlich, wenn für jede einzelne ein besonderer Preis bestimmt worden, wo dann der bezügliche Preis zurückzuzahlen ist [118]. Wenn je-

[111] Fr. 23. §. 8. fr. 31. pr. 58. pr. §. 1. *h. t.* fr. 13. pr. — §. 3. *de A. E.* fr. 45. *de Contrah. emt.* vergl. Glück a. a. O. S. 86 ff., bei solchem durch Thiere angerichteten Schaden, wo diese *noxae* dedirt werden können, ist dem Verkäufer unbenommen, dieses Recht auch hier auszuüben, sobald er nur nicht *in dolo* war, s. Unterholzner a. a. O. S. 93.

[112] Fr. 29. §. 1. *h. t.*

[113] Fr. 21. §. 2. fr. 30. pr. *h. t.*

[114] Fr. 38. §. 3. fr. 44. §. 2. fr. 47. §. 1. *h. t.* vergl. Gesterding in der Zeitschrift Bd. VI. S. 34 ff.; wegen geschehener Entwährung ist nicht weniger Klage möglich, fr. 16. §. 2. *de Eviction.* fr. 44. §. 2. *h. t.* Dem Untergang steht eine durch Spezifikation geschehene Umgestaltung gleich; s. dens. S. 39 ff.

[115] Fr. 48. pr. (coll. 47. §. 1.) *h. t.* s. die folg. Anm. Ueber die Vertretung der Schuld der Seinigen und seiner Stellvertreter s. fr. 31. §. 15. fr. 23. pr. 25. *h. t.* vergl. Unterholzner a. a. O. S. 91 f.

[116] Fr. 31. §. 11—15. *h. t.*

[117] Fr. 48. pr. *h. t.*

[118] Der Inhalt einiger die obigen Sätze betreffenden Stellen hat namentlich über den an die Spitze gestellten Meinungsverschiedenheit hervorgerufen; es kommen im Ganzen in Betracht: fr. 34. 35. 38. pr. in f. §. 12. 14. (fr. 39. 40. pr.) fr. 59. §. 1. fr. 64. §. 1. *h. t.* Sehr verbreitet ist nun die Meinung, dass, wenn um Einen Preis mehrere Sachen gekauft worden, die Zurücknahme aller gefordert werden könne und müsse (d. h. dass der Verkäufer sich nur die Rückgabe aller gefallen zu lassen brauche). Vergl. die bei Gesterding in der Zeitschrift Bd. VI. S. 44. Gen. Von Neueren vertheidigt diese Ansicht: Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 276 f. und zwar unter Berufung darauf, „weil die Vertheilung des Preises, wenn er für mehrere Sachen im Ganzen bestimmt sei, zu Weitläuftigkeiten führen müsste.“ Sind diese aber zu lösen, so fällt der Grund weg; auch ist hierbei der nachher zu erörternde Widerspruch zwischen mehreren Hauptstellen gar nicht berücksichtigt, ja, wie es scheint, nicht als vorhanden betrachtet. Auch Gesterding schloss sich dieser Ansicht an, obwohl das Bedenkliche derselben nicht verkennend. Dagegen vertheidigt *Cujac. Tract. ad African. h. leg.* Op. T. I. p. 1371 sqq. die von mir angenommene Ansicht, allein ebenfalls ohne auf die widersprechenden Stellen Rücksicht zu nehmen. Glück endlich, Komm. Bd. XX. S. 66., entscheidet sich auch für die vorher gedachte Meinung, nach fr. 64. §. 1. *d.*, indem er die sämmtlichen übrigen hier zur Sprache kommenden Stellen von *univers. rerum* versteht. Er geräth aber mit sich in vollen Widerspruch, indem er S. 81 ff. nachweist, wie nach fr. 36. und 64. pr. *h. t.*, wenn mehrere Sachen *uno pretio* verkauft worden, und die eine fehlerhafte redhibirt werde, diese zu taxiren sei. — Ueberblickt man den ganzen hier zu berücksichtigenden Kreis, so ergiebt sich zuvörderst, dass überall vorausgesetzt ist, *ut plures res simul venierint* (fr. 38. pr. in f. *h. t.*); entgegengesetzten Falls sind

doch alle Sachen dergestalt zusammengehören, dass sie sich füglich nicht trennen lassen, ohne dass die übrigen an eigenthümlichem Werth verlieren, oder sie nur zusammen, also wie ein Ganzes, und nicht getrennt gekauft und verkauft zu werden pflegen, so kann die Wiederauflösung des Kaufs auch in Ansehung der übrigen

mehrere Käufe vorhanden. Bilden die mehreren Sachen ein Begriffsganzes, so ist der Fehler der einzelnen ohnehin als Fehler des Ganzen anzusehen; vergl. Gesterding a. a. O. S. 55. Für den ersten Textsatz, den Verkauf mehrerer Sachen um Einen Preis, sagt nun fr. 64. §. 1. *h. t.* (Pompon.) zwar, dass, *si sanos esse promisisti, et pars eorum duntaxat minus sana sit, de omnibus adversus dictum promissumve recte agi.* (Dass fr. 34. pr. *h. t.* dasselbe sagen wolle, was Gesterding wenigstens nicht für unmöglich hält, muss ich entschieden bestreiten. Die Beispiele *chorus*, *comoedi*, beweisen, dass hier von einer Ausnahme wegen Verbindung mehrerer zusammengehöriger Sachen die Rede ist. Dagegen sagt fr. 38. §. 14. *h. t. verba: Si tamen etc.* (Ulpian.) ganz bestimmt das Gegentheil.) In einer anderen Stelle, fr. 28. *de Donat. inter vir.* ist aber wieder ausdrücklich einer sehr verbreiteten, namentlich auch von Pomponius getheilten, wiewohl von Anderen widersprochenen Meinung gedacht, wonach das *uno pretio emtum* wie *una res* erschiene; dieselbe findet in fr. 44. *de Contrah. emt.* noch eine Bestätigung. Wäre man nun selbst hier in dem Fall, geradezu zwischen zwei verschiedenen Meinungen der römischen Juristen wählen zu müssen, so würde ich keinen Augenblick anstehen, Ulpian's Meinung vorzuziehen, die in der ausdrücklichen Entwickelung der Ediktsworte: *si jumenta paria simul venierint et alterum in ea caussa sit, ui redhibeatur, judic. dabimus, quo utrumque redhibeatur*, sich so äussert: *si autem nondum sint paria constituta, sed simpliciter quatuor mulae uno pretio venierint etc.;* dass aber für die andere Meinung gar kein innerer Grund sprechen würde, vielmehr alle für die diesseitige, weist Gesterding selbst überzeugend nach. Indessen ist es doch immer noch die Frage, ob wirklich die gedachte Meinungsverschiedenheit gerade unseren Fall betreffe. Es ist sehr möglich, dass sie nur auf die Lehre von der Schenkung zwischen Mann und Frau Bezug hat, die so manche singuläre Bestimmung zur Aufrechterhaltung des Gesetzes enthält. Kommt es nun darauf an, einen praktisch überaus wichtigen Widerspruch zu beseitigen, noch dazu aus demselben Titel, so dürfte man sich auch mit Erklärungsmitteln begnügen, die sonst nicht für ausreichend erachtet werden könnten, denn hier ist der ohnedies eintretende Widerspruch selbst ein Beweisgrund. Aber die folgenden sind doch sicher nicht ohne Gewicht. Es ist zuvörderst zu berücksichtigen, dass Pomponius ein ausdrückliches Gutsagen für die Fehlerlosigkeit aller verkauften Gegenstände (Sklaven) mit voraussetzt. Es ist ferner nicht zu übersehen, dass alle bedenkliche Stellen von meist zwei (die unsere hat *plures*) Sklaven sprechen, die sehr wohl als zusammengehörig ihren bestimmten Zweck gehabt haben können, der, wenn der eine fehlerhaft war, durch den anderen nicht mehr erreicht werden konnte. Hierüber giebt fr. 59. §. 1. *h. t.* noch einen Fingerzeig, in diesem nämlich wird (wiederum von Ulpian) ebenfalls anerkannt, dass von zwei *uno pretio* erkauften Sklaven auch nur der eine fehlerhafte redhibirt werden könne, *nisi forte ea sit caussa, in qua propter alterius vitium utrumque mancipium redhibendum sit.* Es erkennt also besondere Gründe an, aus denen das Gegentheil anzunehmen ist, wie solche fr. 38. §. 14. *d.* selbst auch am Ende schon namhaft macht. Wie ferner sollte Pomponius, wenn fr. 64. §. 1. nicht einen Ausnahmefall voraussetzte, oder dem ausdrücklichen Versprechen, *omnes sanos esse*, besonderes Gewicht beilegte, im pr. ders. Stelle und in fr. 36. *h. t.* von der Berechnung der redhibirt werdenden einen von mehreren *uno pretio* verkauft wordenen Sachen sprechen können? Die Glosse zur letzten Stelle, welche das fühlt, hilft sich mit der Annahme, dass der Verkäufer in die Redhibition der einen Sache eingewilligt habe, — wer will aber das als nur wahrscheinlich zugeben? Ich beharre daher bei Ulpian's Ansicht, und würde selbst eine angebliche (aber erst noch zu erweisende) gemeine Meinung als völlig grundlos zurückweisen müssen; die Aelteren haben vielmehr zu wenig den wahren Sinn der entscheidenden Stellen berücksichtigt, und fr. 38. §. 14. *d.* eigentlich gar nicht. Kommt es nun also hiernach zu einer theilweisen Redhibition, so ist die Ermittelung des zu erstattenden Preisantheils nach den Vorschriften des fr. 36. und 64. pr. *h. t.* anzulegen; s. darüber noch Anm. [122]. Die übrigen

nicht fehlerhaften gefordert, beziehungsweise vom Verkäufer die Aufhebung des Kaufs wegen eines einzelnen abgelehnt werden [119].

2) Rücksichtlich der Minderung des Preises kommt auf der einen Seite der wahre Werth der verkauften Sache zur Zeit des Kaufsabschlusses in Betracht, und auf der anderen die Würderung des Fehlers zu derselben Zeit; es soll mit a. W. dem Käufer am Kaufgeld so viel erlassen, oder davon zurückerstattet werden, als die Sache zu jener Zeit weniger werth war [120]. Ist ein aus mehreren einzelnen zusammengehörigen Sachen bestehendes, und durch Fehlerlosigkeit sämmtlicher besonders werthvolles Ganzes, z. B. ein Viergespann, Gegenstand des Kaufs gewesen, so ist nicht nur der wahre Werth des einzelnen fehlerhaften Stücks in Anschlag zu bringen, sondern ausserdem noch, um wieviel der Werth des Ganzen dadurch als vermindert erscheint [121]. Sind mehrere Sachen gleichzeitig um einen gemeinschaftlichen Preis verkauft, und die eine von ihnen nachher fehlerhaft befunden worden, so ist, Behufs der Minderung des Preises für sie, der Werth sämmtlicher Sachen, unter Voraussetzung der fehlerhaften als fehlerfrei, zu taxiren, auf diese letztere der verhältnissmässige Antheil des Kaufpreises auszuwerfen, dann die fehlerhafte als solche besonders zu taxiren, und die Differenzquote zwischen der Taxe der fehlerhaften und der fehlerlosen Sache mit dem Preisantheil in Verhältniss zu bringen; die Differenzquote des Preisantheils ist dann die Summe, welche in Anspruch genommen werden kann [122]; — sind die mehreren Sachen hingegen jede zu einer be-

Stellen betreffen die im Text folgenden Ausnahmen, namentlich fr. 34. 35. 38. §. (12.) 14. (fr. 39. 40. pr.) fr. 59. §. 1. *h. t.* und zwar ist es nach fr. 34. *d.* einerlei, ob *uno pretio*, oder *in singula capita pretio constituto* gekauft worden, wenn der innere Grund der Unzertrennbarkeit Statt findet.

[119] S. vorige Anm. bes. a. E.

[120] Fr. 38. pr. §. 13. *h. t.* fr. 25. §. 1. *de Except. rei jud.* (wegen letzterer Stelle vergl. Anm. [99] Nr. 2. z. A.) S. noch Anm. [122]. Wenn zuweilen (s. z. B. fr. 32. §. 1. *de Eviction.*) anstatt *quanto minoris fuerit* vorkommt: *qu. m. emturus fuisset*, so ist dies doch immer nur von der approximativen Werthssumme zu verstehen. Denn s. fr. 15. §. 1. *de Eviction.* im Vergleich zu fr. 61. *h. t.*

[121] Fr. 38. §. 13. *h. t.* Vergl. Anm. [128].

[122] Fr. 36. 64. pr. *h. t.*, zur Erläuterung beider Fälle dient auch noch fr. 53. pr. *de Eviction.* Die Glosse zur zweiten Stelle, welcher Glück a. a. O. S. 81 ff. folgt, jedoch in ausschliesslicher Anwendung auf die *a. redhib.*, obwohl sie zur ersten auch die *a. quanti min.* als gemeint zugiebt, was nach dem allgemeinen Ausdruck *aedilitia actione* und überhaupt gar keinem Zweifel unterliegt, legt hier eine Rechnung an, zu der ich keine Veranlassung in den Stellen gegeben entdecke. Um den Beispielen Glück's zu folgen, so meint er: „1) wenn z. B. 100 Schafe, das Stück eins in's andere gerechnet zu 1 Karolin, also die ganze Heerde für 100 Kar. verkauft worden, so komme nichts darauf an, ob jedes wirklich so viel werth gewesen, es müsse danach für ein jedes fehlerhaftes 1 Kar. zurückgezahlt werden.“ Dies ist allerdings richtig, nur ist nicht etwa die Gleichheit des Preises für jedes Stück, und ein Kauf in der Art: 100 Stück, das Stück eins in's andere gerechnet zu 1 Kar.“ als nothwendig vorauszusetzen, sondern es gehört hierher auch ein solcher ganz einfacher Kauf: z. B. drei Pferde, den Schwarzen zu 20, den Schimmel zu 30, den Fuchs zu 40, im Ganzen also für 90. — 2) „Wenn *uno pretio* mehrere Sachen verkauft worden, so sei die fehlerhafte zu taxiren und zwar in der Art, dass der Kaufpreis des Ganzen mit dem wahren Werth jeder einzelnen Sache verglichen werde, den sie zur Zeit des Kaufs gehabt; dann solle man den Preis der fehlerhaften zurückzugebenden Sache ausmitteln. Nun könne a, unter dem wahren Werth gekauft sein, z. B. 2 Pferde (jedes) zu 12 Karolin, die (jedes) 18 werth waren, also 1/3 mehr. Werde hier eins als fehlerhaft zurückgegeben, welches 12 Kar. gegolten, so nehme man an, es sei um 1/3 wohlfeiler gekauft, und also seien 8 Kar. zurückzugeben. b, Sei die Sache über den wahren Werth gekauft, z. B. 2 Pferde (jedes) für 18 Kar. die (jedes) nur 12 werth waren, also 1/3 zu theuer, und 1 Pferd, welches 6 werth gewesen, werde als fehlerhaft zurückgegeben, so seien 8 da-

stimmten Summe veranschlagt worden, so kann nur der Preis der einzelnen fehlerhaften Sache in Anschlag kommen.

3) Es wurde oben unter Nr. 2. 3. und 4. bereits bemerkt, dass die wegen verborgener Fehler und Mängel der Kaufgegenstände zulässigen Klagen auf Wiederauflösung des Kaufs oder Herabsetzung des Preises unter den Umständen, unter welchen sie von grösster praktischer Bedeutung sind, an eine eigenthümliche kurze Verjährungsfrist geknüpft seien, die erste an eine solche von sechs Monaten, die

gegen herauszuzahlen." Von einer Berechnung dieser Art ist aber in den Stellen nicht die Rede, sondern, wenn es für den Fall des Verkaufs mehrerer Sachen *uno pretio*, und *si de una earum aedilitia actione utamur*, ganz einfach heisst, *pro bonitate ejus aestimatio fiet*, — so kann zunächst darunter nur ihr Taxwerth (zur Zeit des Kaufs) verstanden werden; *Cujac.* *Op.* T. I. p. 1372. begnügt sich auch wirklich damit: *pro bonitate ejus quod redhibetur aestimatio fiet*, *eaque reddetur emtori*, allein hiermit kann freilich dem Käufer unmöglich gedient sein, denn ob er diesen oder die Sache hat, wird ihm nicht nur ziemlich einerlei sein, sondern er will ja eben in Bezug auf einen Ueberschuss schadlos gestellt sein, und das soll ihm die *a. redhib.* auch gewähren. Dies ist es, was die Glosse gefühlt hat, allein ihr eingeschlagener Weg ist nach m. E. gekünstelt und willkührlich. Das richtige Verhältniss ist offenbar nur von dem Gesichtspunkt aus zu finden, wenn man davon ausgeht, dass der Käufer etwas Fehlerloses zu kaufen gedachte, in dieser Voraussetzung also den Preis bewilligte. Sollte der Verkäufer nur den Taxwerth des fehlerhaften Stücks zurückzahlen, so würde er den Ueberschuss, welchen der Käufer einbüsst, profitiren; nichts weniger als das aber ist die Absicht des ädil. Edikts. Dem Käufer wird daher offenbar nur auf die Art Genugthuung in Ansehung der Restitution des Preises, wenn die fehlerhafte Sache in der Voraussetzung des Käufers, also wie wenn sie zur Zeit des Kaufs fehlerlos gewesen wäre, taxirt wird. Es fragt sich nur noch, ob nicht die übrigen Sachen ebenfalls taxirt, die sämmtlichen Taxen addirt und nach Verhältniss dieser zum Kaufpreis die auf die fehlerhafte Sache fallende Taxe zu berechnen und herauszuzahlen sei? Z. B. es kauft Jemand 3 Pferde für zusammen 60, und es findet sich, dass das eine blind ist, welches ohne diesen Fehler 15 taxirt wird. Soll der Verkäufer diese 15 zurückzahlen müssen, oder sollen alle taxirt werden, und gesetzt, sie werden 45 taxirt, nämlich 15, (das fehlerhafte ohne Fehler gedacht,) 10 und 20, die herauszugebende Summe sich nun, nach dem Satz: $x : 15 = 45 : 60$, auf $11^1/_4$ belaufen? Denn der Ueberschuss wäre dann der Profit des Verkäufers beim Handel. Allein auch davon soll derselbe in Bezug auf den Gegenstand, bezüglich dessen der Kauf rückgängig wird, nichts behalten; und andererseits könnte nach demselben Princip hier durch eine hohe Taxe, wenn der Käufer im Ganzen vortheilhaft gekauft, der Verkäufer dem Käufer anstatt reinen Ersatzes wieder seinen Profit an dem Stück ersetzen müssen, welchen er gemacht hätte, wenn es fehlerfrei gewesen wäre, was ebensowenig mit den allgemeinen Grundsätzen von der Redhibition in Einklang steht. Nun könnte man zwar geltend machen, dass es ja, wenn der Käufer sehr wohlfeil gekauft, vermöge der Konsequenz hier dahin kommen könne, dass der Verkäufer bei Redhibition einer einzelnen so hoch taxirten Sache sogar die ganze Kaufsumme herausgeben müsse, so dass der Käufer die übrigen Sachen rein profitire, allein das kann nichts ändern, sondern der Verkäufer hat sich diese Folge selbst zuzuschreiben. — Was bisher unter Bezug auf die *a. redhibitoria* bemerkt wurde, erleidet bei der *a. quanti minoris* folgende in der Natur der Sache liegende Modifikation. Hier ist vermöge des Begriffs immer vorausgesetzt, dass man im Vergleich der vorausgesetzten Fehlerlosigkeit zur befundenen Fehlerhaftigkeit zu theuer bezahlt habe. Dieser Begriff aber kann auf eine von mehreren *uno pretio* erkauften Sachen nicht anders, als mit Bezug auf die übrigen Sachen zur Anwendung gebracht werden. Der Käufer kann m. a. W. die Klage nicht anders formiren, als so, dass vermöge des Gesammtkaufs, resp. des Gesammtwerths der mehreren Sachen ein gewisser Antheil des Preises auf die fehlerhaft befundene als vermeintlich fehlerlose falle, da diese aber fehlerhaft sei, so müsse auch der Preisantheil verhältnissmässig herabgesetzt werden. Das Beispiel von dem Kauf der drei Pferde beibehalten, würde sich also die Sache hier so stellen: wenn für 45 Taxwerth 60 Preis gegeben sind, und das eine blinde als fehlerlos

andere an eine einjährige Frist[123]. Diese Fristen beginnen mit dem Tag des Kaufsabschlusses, oder von dem Tag an, wo erst nachher noch eine besondere Zusicherung wegen der Beschaffenheit der Sache geschehen ist[124], doch ist dabei auch noch vorausgesetzt, dass der Käufer den Fehler sogleich entdeckt habe; ist er ihm aber verborgen geblieben, so beginnt die Frist erst von da an, wo er ihn entdeckt hat, vorausgesetzt, dass ihm nur kein Vorwurf eines solchen Unverstands darüber, dass der Fehler ihm bisher entgangen, gemacht werden kann, welcher den Begriff der Culpa lata herstellen würde[125]. In Anwendung auf den Fall nicht mitübergebener Verzierungen, mit welchen Last- und Zugthiere des Verkaufs halber oder beim Verkauf selbst ausgeschmückt waren, verkürzt sich jedoch die Frist für die Klage auf Wiederaufhebung des Kaufs wie auf nachträgliche Ablieferung derselben auf sechzig Tage[125a].

4) Es versteht sich von selbst, dass die Gründe, aus denen die Wiederaufhebung des Kaufs, oder die Herabsetzung des Preises gefordert werden kann, auch in der Form der Exception der, andererseits aus dem Kontrakt auf Erfüllung der Leistungen vom Verkäufer erhobenen, Klage gegenüber geltend gemacht werden können[126].

zu 15 taxirte Pferd wegen seiner Blindheit nur 10 taxirt wird, so hat der Käufer 1/3 zu viel bezahlt, d. h. aber nicht von 15, (also 5,) sondern, da 15 : 45 = 20 : 60 ist, so kann er 6 2/3 fordern; denn da er 20 für vermeintliche 15 gegeben hat, so muss auch angenommen werden, dass er 13 1/3 für effektive 10 gegeben habe. Mit dem Drittel der reinen Taxe käme er nicht zu seinem Schaden. Wenn sich freilich bei dieser Klage die Taxe (unser Beispiel beibehalten) über 15 hebt, so kann von keinem Schaden des Käufers die Rede sein, sondern es ist dann das gleichwohl fehlerhafte Stück für den Käufer immer doch soviel werth, wie er für dasselbe als fehlerloses zu geben gesonnen war, d. h. 20. — Ich gebe wiederholt gern zu, dass man beim Vergleich der citirten hier eingreifenden Stellen bedenklich werden kann, und dass sie keine positive Hindeutung zu dieser Berechnung darbieten, allein ebenso wenig wird irgend ein Einwand begründet werden können, dass nicht eine solche durchaus erforderlich sei. In der Anwendung auf die *a. quanti min.* ist mir übrigens nicht bekannt, dass eine solche bisher versucht worden ist, ich finde vielmehr diesen Punkt allerwärts mit Schweigen übergangen, was darin seinen Grund finden mag, dass die wenigen Schriftsteller, welche sonst auf diese Frage hätten kommen können, der in Anm. 118 widerlegten Ansicht huldigen, wonach sie sich ganz erledigt. — Ueberhaupt aber habe ich über die *a. quanti min.* noch Folgendes zu bemerken. Wenn nach den Stellen der Anm. 120 hier diejenige Differenz gefordert werden kann, um wieviel die Sache weniger werth war, als dafür gegeben wurde, so ist dabei ganz ausser Betracht gelassen, dass der Verkäufer, was eigentlich doch als ein natürlicher Bestandtheil des Kaufs anzusehen ist, mit Vortheil verkauft haben dürfe, und dass es beim Kauf keineswegs auf einen taxmässigen Umtausch der Waare gegen Geld abgesehen ist. Dies mag immerhin befremdlich scheinen, so lässt sich die Maasregel doch von dem Gesichtspunkt aus rechtfertigen, dass das Gegentheil nicht weniger möglich ist, und die Gleichheit der Partheien hier zu dem einzigen Ausweg hinführte. Der, welcher in Nachtheil gerathen kann, ist übrigens vorzugsweise der Verkäufer, und von diesem darf gerade angenommen werden, dass er bei Anwendung gehöriger Aufmerksamkeit regelmässig auch den Fehler hätte kennen und also anzeigen müssen. Aehnlich ist es übrigens mit dem Begriff der enormen Läsion, s. Nr. V. 3.

123 Fr. 38. pr. fr. 19. §. 6. *h. t.* c. 2. *ej. tit.*

124 Fr. 19. §. 6. *h. t.*

125 Fr. 55. *h. t.* coll. fr. 15. §. 1. *de Contrah. emt.*

125a Fr. 38. pr. *h. t.*; diese Klage hat also eine zuweilen übersehene, doppelte Tendenz, vergl. Anm. 90 a. E.

126 Fr. 59. pr. *h. t.* fr. 41. *de A. E.* Unterholzner a. a. O. S. 96. ist mit Reinhardt verm. Aufs. S. 141 f. der Meinung, dass alsdann die Vorschriften über die Verjährung nicht Platz ergreifen, was ich durchaus bestreiten muss, s. §. 32. II. 3.

5) Die Klagen auf Wiederaufhebung des Kaufs oder Minderung des Preises, wegen der dem Verkäufer selbst unbekannt gewesenen Fehler, finden in zwei Klassen von Fällen keine Anwendung, nämlich bei Käufen unbedeutender Sachen, und bei den vom Fiskus ausgehenden Verkäufen[127]; es besteht also in diesen Fällen keine Verpflichtung des Verkäufers zum Ersatz. Sodann findet die gesammte Verpflichtung des Verkäufers, für Fehler und Mängel der verkauften Sachen einzustehen, bei Käufen eines Begriffsganzen, als Hauptsache wie als Nebensache, rücksichtlich der einzelnen darin enthaltenen Gegenstände, nur dann Statt, wenn bei dem Kauf nicht sowohl das Ganze als solches in Betracht gezogen wurde, als mit Rücksicht auf die einzelnen Bestandtheile, oder wenn ausdrücklich danach gekauft ward; ist hingegen bei einem solchen Kauf nur das Ganze in Betracht gezogen worden, so sind damit die einzelnen Stücke nur, wie sie eben sind, gekauft, nicht, wie sie sein sollten oder könnten[128].

6) Die gesetzlichen Bestimmungen wegen Vertretung der Fehler können durch die Willkühr der Kontrahenten beliebig geändert und modifizirt werden[129]; nur wenn der Verkäufer wissentlich, dass ein solcher vorhanden sei, sich ausbedungen hat, dafür nicht haften zu sollen, würde er demungeachtet verbindlich bleiben[130].

7) Zeigen sich wiederholt verschiedene Fehler und Mängel an derselben Sache, nachdem wegen der früher entdeckten schon Klage auf Herabsetzung des Preises angestellt, oder das Interesse gefordert worden, so steht der wiederholten Anstellung der Klagen nichts entgegen, nur darf der Käufer nicht etwa mehrmaligen Ersatz für denselben Gegenstand verlangen[131]. Es steht ihm auch frei, wegen später hervortretender Fehler die Wiederaufhebung des Kaufs zu fordern, — wenn die Umstände diese noch zulassen, oder besonders rechtfertigen, — nachdem er wegen anderer schon die Preisherabsetzung durchgesetzt hat, nur muss er dann dasjenige zurückgeben, was er durch die letztere bereits erlangt hat[132].

Zum Schluss dieser Lehre von den Fehlern und Mängeln verkaufter Gegenstände ist noch zu bemerken, dass die in diesen Fällen eigenthümlichen Klagen auf Wiederaufhebung des Geschäfts oder Minderung des Preises mit den kurzen Verjährungsfristen, also eine solchergestalt modifizirte Obligation, nicht blos auf den Kauf beschränkt sind, sondern auch auf den ihm verwandten Tauschkontrakt An-

[127] So erscheint die Bestimmung der fr. 1. §. 3. fr. 48. §. 8. *h. t.* (*simplaria vend.* s. dazu Glück Bd. XX. S. 45 f.) praktisch, dass die ädil. Klagen hier nicht Platz ergreifen. (Vergl. Anm. [79] 6. a. E.). Da der Begriff des Unbedeutenden nicht absolut ist, sondern sehr von der Persönlichkeit des Käufers abhängt, so wird das ohnehin zur Lösung der Frage, welcher Kauf für *simplaria vend.* zu halten sei, in Anspruch zu nehmende richterliche Ermessen auch hierauf mit Rücksicht zu nehmen haben.

[128] Fr. 33. pr. *h. t.* Es kommen hier die Grundsätze des §. 41. Nr. V. zur Anwendung, s. bes. das. Anm. [69]. Aus dem Gesichtspunkt der älteren Auffassungsweise s. die Darstellung bei Glück Bd. XX. S. 63 ff. S. hierzu noch Anm. [147].

[129] Fr. 31. *de Pactis.*

[130] Fr. 14. §. 9. *h. t.* (fr. 6. §. 9. fr. 39. *de A. E.*) vergl. noch Neustetel a. a. O. S. 207 f. über den von mehreren Schriftstellern gemachten Unterschied zwischen *pactum de vitiis non praest. generale* und *speciale.*

[131] Fr. 31. §. 16. fr. 48. §. 7. *h. t.* fr. 32. §. 1. *de Eviction.* entgegengesetzten Falls steht sowohl der wiederholten *a. quanti min.* als, wegen der ursprünglichen elektiven Konkurrenz, der *a. redhibitoria*, *exc. rei jud.* entgegen, fr. 25. §. 1. *de Exc. rei jud.*, welches aber von einem und demselben Fehler zu verstehen ist. Vgl. Glück Bd. XX. S. 149 ff.

[132] Dies folgt aus dem in dem vorangehenden Satz enthaltenen Grundsatz. Dass übrigens die *a. redhib.* wegen verschiedener Fehler, wenn man das erstemal abgewiesen worden, wiederholt angestellt werden kann, versteht sich von selbst; (s. auch fr. 48. §. 7. *h. t.* doch ist das darin erwähnte *praedicare* nicht erforderlich) vergl. überhaupt noch Gesterding a. a. O. S. 67 ff.

wendung leiden[133]; auf andere Kontrakte hingegen, wodurch Sachen eigenthümlich oder nur zur Benutzung übertragen werden, sind sie unanwendbar, wiewohl mit der Kontraktsklage dann auch das Interesse wegen heimlicher Mängel geltend gemacht werden kann[134].

c. Der Verkäufer hat endlich dem Käufer dafür einzustehen, dass er den erkauften Gegenstand dergestalt unangefochten behalte, wie er ihn in rechtlichen Beziehungen zu dritten Personen erwerben sollte und wollte, m. a. W. er hat ihm für Entwährung zu haften[135]. Auch dieser Begriff ist immer vorzugsweise auf Sachen als angewendet zu denken, obwohl er auch auf verkaufte Servituten[136], nicht jedoch auf kaufweise veräusserte Forderungen anwendbar ist, so dass dann die im Folgenden enthaltenen näheren Bestimmungen, soweit sich bei jenen dazu möglicherweise Veranlassung darbieten kann, auch für sie gelten. Unter Entwährung nämlich ist das vermöge eines schon zur Zeit des Kaufs bestandenen Rechts für einen Dritten[137], sei es Eigenthum[138], Pfandrecht[139] oder persönliches Dienstbarkeitsrecht[140], geschehene Abstreiten und Entwinden des gekauften Gegenstands,

[133] Fr. 19. §. 5. *h. t.* fr. 19. §. 2. *de Rer. permut.* vergl. §. 115. Anm. 5. Dem wirklichen Kauf selbst stehen diejenigen Geschäfte gleich, welche nach seinen allgemeinen Grundsätzen beurtheilt werden; s. folg. §. z. A.

[134] Fr. 62. 63. *h. t.* Bezüglich dieser Schlussbemerkung ist übrigens zu berücksichtigen, dass ein Fehler, vermöge des Interesses daran, leichter zur Wiederaufhebung eines Pachts als eines Kaufs führen kann, theils nämlich, auch wenn er nur vorübergehend ist, theils wegen des bestimmten Zwecks, zu welchem eine Sache gemiethet wird. — Wegen der Schenkungen s. fr. 62. *d.* und §. 110. Nr. 3. — Gegen Thibaut's Ansicht (Syst. §. 190. 7. Ausg.), dass die Kontraktsklagen bei diesen Geschäften dieselben Dienste leisten, wie beim Kauf die ädilitische Klage s. Neustetel a. a. O. S. 215.

[135] Fr. 11. §. 8. fr. 30. §. 1. *de A. E.* fr. 8. *de Eviction.* (fortan unter dieser Abtheilung *h. t.* citirt,) c. 6. *ej. tit.* Es ist dieses der Begriff des *habere licere.* Ueber diesen s. bes. noch fr. 38. §. 2. *de V. O. — Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, etc.* und fr. 188. *de V. S. — obtinere sine interpellatione id, quod quis emerit.* In den Quellen ist dafür auch gangbar: *auctoritatem praestare*, *promittere*, *=tis obligari*, *obnoxius etc.* s. *Paulus S. R.* Lib. II. tit. 17. 3. *Vat. Fragm.* 10. fr. 76. *de Evict.* fr. ult. pr. *de P. A.* Rücksichtlich der im Text gedachten Beziehung zu dritten Personen ist noch des Umstands im Besonderen zu gedenken, wenn der Verkäufer zwar eine fremde Sache verkauft, aber nachher Nachfolger des Eigenthümers geworden ist, und somit der Käufer ihm gewissermaassen wie einem Dritten gegenüber tritt; alsdann ergreifen die Grundsätze der *exc. rei venditae et traditae* Platz, s. §. 52. I. 6. Natürlich steht aber dem Käufer frei, ob er hiervon Gebrauch machen, oder dem Verkäufer als Eigenthümer weichen und ihn dann wegen Eviktion in Anspruch nehmen will, ebenso, wenn er trotz der Exception verurtheilt worden ist, fr. 17—19. pr. *h. t.* Vergl. noch Glück Bd. XX. S. 441 f. Man hat hiernach die sprüchwörtliche Regel aufgestellt, *quem de evictione tenet actio*, *eundem agentem repellit exc. rei v. et tr.*, indessen trifft beides doch nicht immer und absolut zusammen, s. z. B. fr. 3. §. 1 *de Exc. rei vend.* fr. 10. *de Distract. pign.* — Vergl. Müller die Lehre von der Eviktion, 1851.

[136] Fr. 10. fr. 46. §. 1. *h. t.* vgl. übrigens §. 64. A. 1, *β*.

[137] C. 1. *de Periculo et commodo*, fr. 11. pr. 3. *h. t.* s. aber noch c. 3. §. 3. *Commun. leg.*, wonach das Recht des Evincenten zur Zeit des Kaufs noch nicht von der Art zu sein brauchte, dass es ausgeübt werden konnte.

[138] Dies ist der gewöhnliche Fall, und immer vorausgesetzt, wo nicht bestimmt eine der anderen obigen Beziehungen hervortritt; daher fr. 34. §. 2. *h. t.*, er kommt in den meisten Stellen dieses Titels vor, und versteht sich bei dem Begriff *evictio* immer von selbst. Es ist übrigens nicht gerade immer strenge und bestimmt an Eigenthum zu denken, sondern nur an ein überwiegendes publicianisches Eigenthum, so dass dem Evincenten sehr wohl wieder von einem Dritten evincirt werden kann.

[139] Fr. 34. §. 2. fr. 35. 63. §. 1. *h. t.*

[140] Fr. 66. pr. *de Contrah. emt.* fr. 15. §. 1. fr. 46. pr. 49. 62. §. 2. *h. t.* fr. 38. §. 3. *de V. O.*

des ganzen oder eines Theils[141], oder seines Zubehörs[142], beziehungsweise je nach dem Umfang jener Rechte, und so denn auch das Abstreiten einer verkauften persönlichen, oder der einem verkauften Grundstück als zuständig verheissenen Realservitut[143], und endlich auch das des blossen Besitzes oder Quasibesitzes zu verstehen[144]. Für passive Realservituten hingegen, welche einem verkauften Grundstück obliegen, haftet der Verkäufer dem Käufer nur, wenn er ausdrücklich die Freiheit desselben von solchen versichert, oder sie wissentlich verschwiegen hat; es liegt ihm also in dieser Beziehung nur ob, das dem Käufer anzugeben, was ihm selbst darüber bekannt ist[145]. Sind mehrere einzelne Sachen gemeinschaftlich verkauft worden, so hat der Verkäufer für die Entwährung jeder einzelnen einzu-

141 Fr. 1. 49. *h. t.*

142 Fr. 8. 16. pr. 44. *h. t.*

143 1, Fr. 11. §. 2. in f. *de Pignor.* fr. 8. §. 2. *de Periculo et commodo.;* vergl. §. 59. [23]. 2, Fr. 75. *h. t.* fr. 66. pr. in f. *de Contrah. emt.* (vgl. Anm. [145]), nach §. 1. *eod.* haftet der Verkäufer auch wegen solcher dem Käufer verschwiegener und von diesem durch Nichtgebrauch verlorener Servituten.

144 Fr. 11. §. 13. fr. 35. *de A. E.* fr. 38. §. 3. *de V. O.*

145 Es ist bekanntlich sehr streitig, ob nicht in diesem Fall eine unbeschränkte Verpflichtung des Verkäufers wegen Eviktion Statt finde, und demnächst, ob nicht das Hervortreten einer an einer als unbelastet gekauften Sache bestehenden Servitut als ein vermöge des ädil. Edikts zu vertretender Fehler zu betrachten sei? Unbestritten ist: 1, dass derselbe dann hafte, wenn ausdrücklich bevorwortet worden, dass das Grundstück frei von allen (*fundus optimus maximusque*) oder von den später fraglich gewordenen Servituten sei, fr. 75. *h. t.* fr. 90. 169. *de V. S.* 2, Desgleichen, wenn er dem Käufer dieselben doloser Weise verheimlicht hat (dieser also sie nicht selbst schon kannte), fr. 1. §. 1. *de A. E.* fr. 69. §. 5. *h. t.*; nach der letzten Stelle halfen hierbei auch allgemeine Bevorwortungen wie: *itinera actus quibus sunt, ut ita sint*, zu nichts. 3, Für den hier übrigen fraglichen Fall nun bestehen drei verschiedene Ansichten; eine grosse Zahl, besonders älterer Juristen, folgt der Glosse zu fr. 59. *de Contrah. emt.*, welche eine Minderung des Preises zulässt, doch schliessen sich ihr auch einige neuere Civilisten an; eine zweite Zahl, darunter die angesehensten neueren Pandektisten, leugnen in diesem Fall alle und jede Verpflichtung des Verkäufers; einige wenige (darunter jedoch Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 269 a) s. Keller a. a. O. S. 113.) haben eine Mittelmeinung, je nachdem Serv. sich nach der Lage eines Grundstücks von selbst verstehen oder nicht, die aber keiner weiteren Beachtung werth ist. Die Streitfrage ist neuerlich von Keller a. a. O. S. 97 ff. und Vangerow Leitf. Bd. III. S. 315 ff. (bei diesem s. auch die Literat.) durchdiskutirt worden, welche sich beide für die zweite Meinung erklären, und ich trete ihnen mit voller Ueberzeugung bei. Der Grundsatz, den sie aufstellt, ist ausdrücklich anerkannt in fr. 59. *de Contrah. emt.* fr. 48. 75. *h. t.* (fr. 66. pr. *h. t.*, von welchem nicht ganz bestimmt gesagt werden kann, ob es nicht von aktiven Servituten handele, s. Anm. [143], vergl. Keller S. 112.) Wider die von Einigen geschehenen Versuche, diese Stelle zweifelhaft zu machen, sowie wegen der Widerlegung der für die entgegengesetzte Meinung aufgestellten Gründe, beziehe ich mich auf die Gen. an den a. O. bes. dens. S. 98. 104. 111. und bemerke daher nur kürzlich über die dazu citirt werdenden Stellen, dass fr. 38. §. 3. *de V. O.* nicht nöthigt, an Realservituten zu denken (s. dens. S. 114.); dass die Stellen, nach welchen der Vorbehalt des Verkäufers, für etwaige Serv. nicht einstehen zu wollen, ihm nichts nützen soll, wenn er sie gekannt, wie z. B. fr. 69. §. 5. *h. t.* fr. 1. §. 1. fr. 39. *de A. E.*, und woraus man dann folgert, dass diese Klausel, da sie dem wissenden Verkäufer nichts nütze, nach der diesseitigen Meinung aber er derselben gar nicht bedürfen solle, sie als inhaltleer und überflüssig erscheinen würde, sammt dieser Folgerung sich dadurch erledigen, dass in jenen Stellen nicht der Werth der gedachten Klausel, sondern der Grundsatz erörtert wird, dass ein Verhehlen von Serv. immer verantwortlich mache, wenn der Verkäufer sich auch noch so sehr verklausulire; (s. noch vorher Nr. 2, und fr. 1. §. 1. *de A. E. verb. Sed etsi proponas, etc.* vergl. Keller S. 106 ff.) endlich, dass fr. 61. *de Aedil. Ed.* von einer ausdrücklichen Versicherung der Freiheit eines Grundstücks von Serv. zu verstehen ist. — Hiernach erledigt

stehen [146], rücksichtlich der einzelnen Bestandtheile eines Begriffsganzen jedoch nur nach denselben Grundsätzen, wie für deren Mangelhaftigkeit, s. S. 621. Nr. 5,, also nur in Betreff des Ganzen, rücksichtlich der einzelnen Bestandtheile aber blos dann, wenn diese einzeln namhaft gemacht, oder mit Rücksicht auf sie als solche das Ganze Gegenstand des Kaufs geworden ist [147]. — Das Abstreiten selbst ist übrigens natürlich sowohl in der Art möglich, dass der Gegenstand dem Käufer von einem klagend aufgetretenen Dritten entwunden, als dass er selbst gegen diesen auf Herausgabe der Sache klagend aus solchen, wie den angedeuteten Gründen abgewiesen wird; auch wird der Begriff der Entwährung dann als eingetreten betrachtet, wenn der Käufer im ersten Fall, um die Sache zu behalten, die Streitwürderung erlegt hat [148]. — Da zu dem Inbegriff dessen, was der Verkäufer dem Käufer in Beziehung auf den verkauften Gegenstand in rechtlicher Hinsicht gewährt, auch die freie Verfügung gehört, also auch die Möglichkeit weiterer Uebertragung desselben auf Dritte, die Ansprüche wirklich berechtigter Personen an einer Sache wider den dermaligen Besitzer aber nicht selten erst dann geltend gemacht werden, wenn sie in Folge mehrmaliger Käufe aus einer Hand in die andere übergegangen ist, wobei jeder Verkäufer seinem Käufer für die Entwährung haftet, so entsteht hierdurch eine Kette ineinandergreifender Obligationen, wobei sich Jeder allemal nur an seinen Vormann halten kann [149]. Es folgt daraus von selbst, dass die Entwährung auch unter solchen Umständen Folgen äussern kann, wo der Käufer selbst nicht mehr im

sich denn auch die andere Eingangs aufgestellte Frage, d. h. eine verschwiegene, oder unbekannte Realserv. erscheint niemals in dem Charakter der Mangelhaftigkeit einer Sache. Dagegen ist allerdings nicht zu leugnen, dass es an einem inneren, der Natur der Sache angehörigen Grunde zur Verschiedenheit zwischen den Personal- und Realserv. hier fehlt; über eine historische Begründung s. Keller S. 100 ff. — Vergl. Heuser's Annalen etc. Jahrg. VI. S. 158—160.

146 Fr. 47. 72. *h. t.*

147 Fr. 5. *h. t.* c. 1. *ej. tit.*, dass sich diese Stellen gerade auf sog. *univers. juris* beziehen, thut nichts, es entscheidet hier überhaupt die Natur der *univ.* s. Anm. [128]; es würde daher auch unbedenklich das *instrumentum fundi* diesen gleich zu achten sein. Wann die obige zweite Voraussetzung eintrifft, lässt sich im Allgemeinen so wenig für den obigen Fall, als für den bei Anm. [128] sagen, sondern es ist *quaestio facti*; eine Heerde, eine Bibliothek, ein ganzes Waarenlager und ähnliche Begriffsganze würden z. B. dergestalt als verkauft zu betrachten sein, dass, auch wenn es ohne Angabe oder Verzeichniss der einzelnen Stücke geschehen, dennoch für entwährte einzelne gehaftet werden muss. Die ältere Theorie s. bei Glück Komm. Bd. XX. S. 218 ff. und 345 f., dieser geräth dann namentlich auch auf den Abweg, dass er fr. 36. *h. t.* nur mit Rücksicht auf die *a. ex stipulatu* erklären zu können meint, welche verneint werde, und nach fr. 23. §. 1. *de Usurp.* die *a. emti* in dem gleichen Fall für zulässig hält. Allein die letzte Stelle sagt gar nicht, dass die *columna*, so lange sie im Hause stecke, evincirt werden könne, sondern dies ist nach allgemeinen Grundsätzen erst möglich, nachdem sie davon getrennt worden, (vgl. §. 31. bei Anm. [43], §. 50. bei und in Anm. [31]—[34], [52] und [58]), oder wenn man annimmt, dass sie überhaupt gar nicht so fest mit dem Gebäude verbunden war, dass sie in ihm gekauft war, sondern nur angenommen werden kann, dass sie als loses Einzelnes mit ihm zusammen gekauft sei; vergl. §. 41. Nr. IV. 1. (vergl. mit Nr. III. z. A.) bes. Anm. [19] a. E. und [21], und Unterholzner Verjähr.-Lehre Bd. I. S. 170. Die erstere Stelle aber ist keineswegs mit der zweiten in irgend einem Widerspruch, sondern setzt nur eine solche feste Verbindung der Bestandtheile im Ganzen voraus, dass beim Kauf nur das Ganze und nicht diese in Betracht kommen, vergl. §. 41. IV. 1. *d.* und Anm. [59] und [60] 1., §. 43. II. 3, Anm. [14], §. 51. Anm. [11].

148 Fr. 16. §. 1. fr. 21. §. 2. *h. t.* c. 22. *ej. tit.*

149 Fr. 59. *h. t.*, es kann jedoch durch Cession der Klagen, oder umgekehrt dadurch, dass der älteste Auktor die Vertretung der Interessen der übrigen gegen den aufgetretenen Vindikanten übernimmt, die Sache vereinfacht werden. Hierüber gehört das Weitere in den Prozess.

Besitz des Gegenstands ist, sondern darüber bereits weiter verfügt, und sich seiner entäussert hat, indem, beziehungsweise sofern, er als Auktor seines Nachfolgers daran unmittelbar betheiligt ist, dass diesen die Entwährung an vorderster Stelle trifft[150].

Die Verpflichtung, für die Entwährung einzustehen, folgt aus dem Kauf unmittelbar selbst[151], so dass eine Bekanntschaft oder Unbekanntschaft des Verkäufers mit bevorstehenden Möglichkeiten und drohenden Verhältnissen, ausgenommen was vorher über die passiven Realservituten bemerkt wurde, ohne Einfluss darauf ist; sie kann aber auch, und das ist, wenn über den Kauf eine Urkunde aufgesetzt wird, gewöhnlich, ausdrücklich übernommen, und dabei dann, obwohl das seltener vorkommt, auch die Summe bestimmt sein, welche der Verkäufer im Fall der Entwährung dem Käufer erstatten soll[152]. Ist das geschehen, so hat es dabei sein Bewenden[153], möge mehr oder weniger als der Kaufpreis, oder gerade dieser, wozu jedoch immer auch stillschweigend die Zinsen desselben von Zeit der Entwährung an gehören, oder schlechtweg das Interesse gelobt worden sein[154]; nur ist natürlich in

[150] So kann der Käufer auch mittelbar unter der einem Dritten widerfahrenden Eviktion leiden, wenn er z. B. als Schwiegervater, oder die Käuferin als Frau den gekauften Gegenstand zur *dos* gegeben, und dieser dem Ehemann evincirt wird, s. fr. 22. §. 1. fr. 71. *h. t.* fr. 75. *de J. D.* Wenn ferner die Entwährung der Sache schon dem Verkäufer vor der Uebergabe widerfahren ist, so haftet er dem Käufer ebenso, wie wenn jene erst bei diesem eingetreten wäre, fr. 33. *h. t.*, indessen bedingen hier die Umstände den Inhalt der Forderung. So ist es vor Allem, wenn noch keine Zahlung geschehen ist, nur das darüber hinaus liegende Interesse, welches jenen bilden kann, also z. B. der Profit, mit welchem er gekauft, oder, wenn er weiter verkauft hat, die Summe, welche der Käufer von ihm als Interesse mit Recht in Anspruch genommen hat. Vergl., nachher im Text, und Anm. [155] und [161].

[151] Fr. 66. pr. *de Contrah. emt.* fr. 19. pr. *h. t.* fr. 8. 16. pr. 60. 70. *eod.* c. 6. *ej. tit.*, die Verpflichtung wird als besondere *evictionis obligatio* bezeichnet, s. z. B. fr. 46. §. 1. fr. 64. pr. 69. §. 2. 4. *h. t.*

[152] Nach R. R. war das *cavere*, *habere licere*, so gewöhnlich, dass der Käufer *ex emto* darauf klagen konnte, fr. 11. §. 8. *de A. E.*, es konnte dann entweder durch Stipul. oder *pactum* geschehen, fr. 37. pr. 56. *de Evict.*; strenggenommen ist jedoch darunter nur zu verstehen, dass der Kavent und seine Erben dem *habere licere* nicht hinderlich sein wollten, und in sofern ist die Stipul. eigentlich entbehrlich, da sich das von selbst versteht; ihre eigentliche Bedeutung gewinnt diese Kaution bezüglich Dritter, d. h. in sofern, als, da Handlungen solcher *inutiliter* versprochen werden, für den Fall des *habere non licere* die Leistung des Interesses oder eine Konventionalstrafe versprochen wird, fr. 38. pr. — §. 2. 4. *de V. O.* Als solche war nun bei den Römern die *dupla* ganz allgemein gangbar geworden, d. h. das Doppelte des Kaufgelds (fr. 48. *h. t.*), die unendlich oft vorkommt, und auf welche also sogar geklagt werden konnte fr. 2. pr. 37. §. 1. *h. t.* (Ausn. fr. 49. *Famil. ercisc.*), der allgemeine Ausdruck *de evictione cavere* (s. z. B. fr. 13. §. 3. *de Jurejur.*) umfasst dann die gesammte Verpflichtung. S. hierzu noch Anm. [191]. Diese Einrichtung ist völlig antiquirt, und mit ihr alle die Bestimmungen, welche als Folgesätze derselben erscheinen (s. z. B. fr. 11. §. 17. *de A. E.* fr. 16. pr. *h. t.* Anm. [147], wegen fr. 36. *h. t.* und fr. 23. §. 1. *de Usurp.*, fr. 56. pr. *h. t.*), dagegen können diejenigen die *stipulat. dupl.* betreffenden Stellen unbedenklich auf die vertragsmässige Bestimmung der Eviktionssumme im heutigen Recht zur Anwendung gebracht werden, in welchen allgemeine vertragsartige Elemente, oder der Auslegung angehörige Punkte hervortreten. Vergl. die Anm. [154] u. [157] und f. S. noch folg. Anm. — Vergl. §. 84. Anm. [39].

[153] Fr. 11. §. 1. *de A. E.* Die Bestimmung einer das Interesse übersteigenden Summe trägt den Charakter einer Strafkonvention an sich, s. §. 84. [29], oben S. 53. Vergl. noch Anm. [191]. Der Fiskus als Verkäufer geniesst hierbei das Privilegium, dass er trotz des Versprechens der *dupla* u. s. w. immer nur zur *simpla* verpflichtet ist, fr. 5. pr. *de J. F.*

[154] Fr. 56. pr. 74. pr. *h. t.* fr. 102. *de V. O.*; wegen der Zinsen im Fall versprochenen Ersatzes des Kaufpreises s. fr. 18. pr. *de Usuris.* Wenn

dem Fall, dass nur der Kaufpreis erstattet werden soll, für die Möglichkeit, ihn zurückzufordern, vorausgesetzt, dass er schon ganz gezahlt sei, denn sonst kann nur soviel wiedergefordert werden, als wirklich gezahlt ist[155]; ebenso, wie in jedem anderen Fall von der festgesetzten Entwährungssumme der noch nicht gezahlte Kaufpreis zurückzurechnen ist. Ob der Gegenstand vorher schon durch Zufall theilweise untergegangen, oder verbessert oder verschlechtert sei, ist dabei einerlei[156]. Ist nur eine theilweise Entwährung des Gegenstands geschehen, so verfällt die bestimmte Summe ebenfalls nur zum verhältnissmässigen Antheil, wenn nicht ausdrücklich etwas Besonderes dafür ausgemacht worden, und zwar je nach folgenden Gestaltungen und Anwendungen dieses Begriffs, also. Wird nur eine Quote des verkauften Ganzen entwährt, so ist der ebensovielste Theil der Summe zu erstatten, ohne dass darauf etwas ankommt, ob das Ganze, je nachdem die Umstände dies seiner Natur nach möglich machen, noch unversehrt, oder gewachsen, und ob es im verbesserten oder verschlechterten Zustand vorhanden war. Nur wenn, wie durch Anschwemmung an ein Grundstück, ein durch Wassersgewalt erst abgerissener Theil wiederum ersetzt und dann eine Quote entwährt wird, muss diese auf den alten Rest und den neuen Anwuchs vertheilt, und die zu ersetzende Quote der Kaufsumme demgemäs mit dem ersteren allein in Verhältniss gesetzt werden. Ist ein abgesonderter Theil einer in dieser Weise theilbaren Sache, z. B. von verkauftem Acker, entwährt worden, so kommt bei Berechnung der zu ersetzenden Summe nicht dessen Verhältniss zum Ganzen und dem ganzen Kaufpreis, sondern sein eigenthümlicher Werth in der Art in Betracht, dass er zuvörderst mit Rücksicht auf die Zeit des Kaufs zu ermitteln, sein Verhältniss zum gegebenen Preis festzustellen, und dann die hiernach gefundene Quote zu erstatten ist[157]. Dieselben zuletzt ge-

Unterholzner Schuldverh. Bd. I. S. 301. b) diese Vorschrift nur von Verzugszinsen verstehen will, so scheint mir in der Stelle keine Veranlassung gegeben zu sein. Ueber den Charakter einer den Kaufpreis übersteigenden Eviktionssumme s. §. 84. Anm. [29] a. E.

[155] Fr. 13. §. 9. *de A. E.* Der letzte Satz beruht in der Nothwendigkeit, indem der Käufer seinerseits ebenfalls seine Obliegenheiten aus dem Kauf erfüllen muss.

[156] Fr. 64. pr. *h. t.* (*verba: Si totus fundus etc.*) vergl. Glück Komm. Bd. XX. S. 336 f.

[157] Ueber die obigen Fragen sind die beiden sie berührenden Stellen, fr. 56. §. 2. und fr. 64. *h. t.*, mannigfaltige Zweifel zu verbreiten und Verschiedenheiten der Ansichten hervorzurufen geeignet, obwohl nicht einmal von allen Denen, welche jene zu beantworten versucht haben, gehörig berücksichtigt. So erwähnt Glück Komm. Bd. XX. §. 1122. bei seiner Erörterung dieser Fragen die erste Stelle gar nicht, während er fr. 1. *h. t.* mit einmischt, welches doch nicht von der Entwährung bei geschehener *stipul. duplae* handelt, sondern zu dem entgegengesetzten, nachher bei Anm. [161] folgenden Fall gehört. Neustetel im Archiv Bd. VII. S. 211 f. macht hingegen Distinktionen, die an sich nicht genügen können, und zu einem praktischen Resultat überhaupt nicht führen. Unterholzner a. a. O. S. 295. b) betrachtet das in der ersten Stelle enthaltene Erforderniss (*partis adjectio necessaria est*) für allgemein, und deshalb müsse dasselbe für die zweite Stelle stillschweigend vorausgesetzt werden. Diese Annahme ist offenbar willkührlich, sie kann ihren Grund nur in der Verlegenheit um einen anderen Ausweg finden. Meine Ansicht ist diese. Da die beiden genannten Stellen ausdrücklich von der Eviktion im Fall der *duplae stip.* sprechen, andere aber ohne diese Voraussetzung, so ist vorerst der Unterschied zwischen beiden Arten festzuhalten. Dass ferner der in fr. 56. §. 2 *cl.* enthaltene Entscheidungsgrund, *quia non potest videri homo evictus, quum pars ejus evicta est*, nicht blos gerade auf Sklaven passe, sondern von allgemeinerer Bedeutung sei, ist ebenfalls, wie schon von Anderen bemerkt worden, nicht zu bestreiten, s. Neustetel a. a. O. S. 212. Nicht minder ist unbedenklich in dem Festhalten an der wörtlichen Strenge der Stipulationen ein Grund anzuerkennen, welcher für den Fall der Eviktion des intellektuellen Theils von einem Gegenstand der Art, wie ein Sklav, die Frage, ob die

dachten Grundsätze müssen dann zur Anwendung kommen, wenn der Niessbrauch eines verkauften Gegenstands dem Käufer abgestritten wird, oder wenn der Verkäufer eines Grundstücks ausdrücklich dafür gutgesagt haben sollte, dass keine passive Realservitut demselben obliege, oder dass ihm eine aktive Servitut zustehe [158].

stip. duplae auch diese theilweise Eviktion mit betreffe, zu verneinen bestimmen, und die *partis adjectio* als *necessaria* erscheinen lassen muss. Da nun fr. 56. §. 2. *d.* von einer solchen Sache spricht, an welcher nur eine *pars pro indiviso* möglich ist, dieser jedoch jede andere derselben Art gleichgestellt werden darf, fr. 64. *d.* hingegen von einer solchen, an welcher nicht nur eine *pars pro indiviso*, sondern auch *pro diviso* möglich ist, so muss man in die Verschiedenheit beider angedeuteten Arten der Sachen einen Erklärungsgrund setzen, denn sonst behielte man in demselben Titel, so kurz hintereinander, einen gar nicht zu lösenden Widerspruch. Diese Verschiedenheit stimmt nun aber mit der der Theilbarkeit der Sachen überhaupt, wie sie §. 41. Nr. VII. dargestellt worden, überein. Somit hätten wir also je nach dieser Verschiedenheit der Sachen verschiedene Normen in dem gedachten Eviktionsfall. Allein diese Verschiedenheit, sowie die in fr. 56. §. 2. *d.* anerkannte Nothwendigkeit der *partis adjectio*, d. h. der ausdrücklichen Beziehung der *duplae stip.* auf den Fall der theilweisen Entwährung einer nur intellektuell theilbaren Sache, ist nach m. E. mit dem Wegfall des eigenthümlichen Charakters der Stipulation verschwunden, und es handelt sich im heutigen Recht vielmehr nur um Auslegung der bezüglichen vertragsmässigen Bestimmung nach allgemeinen Grundsätzen. Dass nun aber, wenn z. B. für den Fall der Entwährung eines verkauften Pferds schlechthin 50 als Eviktionssumme festgesetzt worden, dafern zwar nicht das ganze Pferd evinzirt, wohl aber von einem Dritten ein Miteigenthumsrecht nachgewiesen wird, nun (vertragsmässig) gar nichts gezahlt, sondern der Käufer etwa nur auf die Klage aus dem Kauf überhaupt verwiesen werden solle, wer will das der Absicht der Paciscenten als gemäs behaupten? Ich ziehe hieraus die Folgerung, dass fr. 56. §. 2. eine für uns unpraktische Bestimmung enthält, dass daher auch die Entwährung einer *pars pro indiviso* ohne allen Unterschied der Sachen jetzt nach fr. 64. *d.* zu beurtheilen ist, resp. nach Analogie der darin anerkannten Grundsätze. Der Inhalt dieser Stelle aber im Besonderen ist nun (soweit er nicht schon beim vorigen Notenzeichen angegeben worden) in ihrem pr. und §. 1—3. der im Text von „Ist nur" — „zu erstatten ist" wiedergegeben, wozu besonders Glück a. a. O. zu vergleichen ist. In Betreff der Verminderung ist a. M. Vangerow a. a. O. S. 310 f. Doch ist der von Glück in Ansehung der Berechnung nicht berücksichtigte Fall der Entwährung eines Theils *pro diviso* noch näher zu erörtern. Wenn es hiervon §. 3. heisst, dass *non pro modo (jugerum), sed pro bonitate regionis praestatur evictio*, so lässt sich das, bei der Voraussetzung der *stipul. duplae*, nicht anders als so verstehen. Gesetzt, es kauft Jemand 20 Acker, von denen 10 Sand- und 10 Weizenboden sind, für zusammen 400, und stipulirt *duplam*, und es werden 5 Acker des letzteren entwährt, und angenommen dabei, dass jeder Acker Weizenboden 30 werth ist, jeder Acker Sandboden aber nur 10, — so wird der Verkäufer das *duplum* von 150 erstatten müssen. Träfen Werth und Preis in der Summe nicht zusammen, z. B. es wären, die übrigen Zahlen als gleich beibehalten, 600 oder nur 300 *pretium* für 400 Werth gezahlt, so würde verhältnissmässig die Taxe um die Hälfte erhöht, oder um ein Viertel erniedrigt werden müssen. Der §. 4. derselben Stelle enthält nach Neustetel's Auslegung den Fall des Verkaufs eines intellektuellen Theils (*pro indiviso*) eines anderen Ganzen, bei dessen theilweiser Eviktion wieder ganz dieselben Regeln, wie beim Verkauf eines Ganzen zur Anwendung kommen; indessen scheint mir die schon von der Glosse aufgestellte, von Vangerow a. a. O. S. 312 f. wieder vertheidigte Erklärung richtiger, dass, wenn Zwei susammen ein Grundstück von zwei Morgen besitzen, also jeder einen Morgen *pro indiviso*, und Einer davon einen Morgen verkauft, nur die Hälfte des tradirten Morgens auf den Käufer übergehe; einer besonderen Erwähnung desselben im Text schien es mir darum nicht zu bedürfen, weil hier in der That die verkaufte Quote als alleiniges Objekt, also als Ganzes erscheint.

[158] Vom Niessbrauch sprechen fr. 43. 62. §. 2. *h. t.* fr. 38. §. 8. *de V. O.*; wenn es dabei schlechthin heisst, *committitur stipul.*, so ist dies nach Analogie der *pars pro diviso* (fr. 64. §. 3. *h. t.*) wohl schon im R. R. — denn fr. 38. §. 3. *d.*

Endlich gilt auch das Nämliche, wenn nur der Besitz oder der Quasibesitz dem Käufer, ganz oder zum Theil, abgestritten worden ist[159]. Folgt der Entwährung eines Theils oder der Abstreitung einer Servitut die Entwährung des ganzen Grundstücks nach, so ist natürlich nun nur der Rest der bestimmten Entwährungssumme zu erlegen[160]. — Ist für den Fall eintretender Entwährung nur der Ersatz des Interesses bestimmt, oder überhaupt die Verpflichtung deshalb gar nicht ausdrücklich übernommen, oder doch deren Umfang nicht näher festgesetzt worden, so erstreckt sich dieselbe auf den Werth der entwährten Sache mit vollem Interesse[161], also namentlich einschliesslich aller dadurch erlittenen Schäden[162], und andererseits einschliesslich des Zuwachses[163], des entgangenen Gewinns und des seit dem Kauf gestiegenen oder durch den Käufer erhöheten Werths des Gegenstands[164]. Doch soll, wenn dieser durch besonderen Aufwand und Behandlung so hoch gestiegen ist, dass es ganz ausser der Erwartung und den Verhältnissen des Verkäufers liegt, bei eingetretener Entwährung nicht der jetzige volle Werth in Anschlag kommen, auch die Forderung überhaupt niemals das Doppelte des Kaufpreises übersteigen[165]; es kommen auch auf die gemachten Verbesserungen die gezogenen Früchte der Sache, wenn sie fruchttragend war, und soweit sie dem Käufer verblieben sind, in Abrechnung[166]. Ferner soll dasjenige, was der vom Eigenthümer angegriffene Käufer diesem durch Exception (s. §. 52. Nr. I. 5,) hätte in Abzug bringen, und solchergestalt von ihm erstreiten können, vom Verkäufer nur dann gefordert werden können, wenn er wissentlich einen fremden Gegenstand verkauft hat[167]. Hat der letztere beim

erkennt ja selbst an, dass hier nur *ex jure aliquid minuitur*, — gegenwärtig aber ganz gewiss nicht von der ganzen Summe zu verstehen, sondern von dem in voriger Anm. eingenommenen Gesichtspunkt der Auslegung einer solchen vertragsmässigen Bestimmung, von einem verhältnissmässigen Antheil. Andere Grundsätze lassen sich auch für den Fall, dass der Verkäufer eines Grundstücks für andere passive (fr. 48. *h. t.*) oder aktive Serv. einzustehen übernommen hat, ebensowenig denken, denn überall kommt es hier darauf an, zu ermitteln, um wieviel der Gegenstand zu der verabredeten Eviktionssumme, als dem Werth des Ganzen gleich, in Proportion gestellt, wegen des entwährten Rechts weniger werth ist, und dieses hat keinen aliquoten, sondern seinen individuell bestimmten Werth, wie eine *pars pro diviso*. Zur Erläuterung denke man sich anstatt der in voriger Anm. gedachten fünf Aecker den Niessbrauch davon (oder eine andere Servitut), welcher auf 30 taxirt würde; diese Summe würde also, wenn das Grundstück, ohne ihn zu rechnen, 400 werth und ebensoviel dafür gegeben worden, bei stipulirter *simpla* zu erstatten sein, wenn 600, 45, und wenn 300, nur 22¾.

159 Es gilt hier dasselbe, was in voriger Anm. von den Serv. gesagt ist.

160 Fr. 48. *h. t.* Andere gemischte Fälle lassen sich nach obigen Regeln ebenfalls entscheiden; so namentlich auch der, wenn mehrere Sachen gemeinschaftlich und unter Gelobung einer einzigen Eviktionssumme verkauft worden sind.

161 Fr. 43. *de A. E.* fr. 60. *h. t.* c. 23. *h. t.* Der Kern dieser Forderung ist allemal der gegebene Preis, vorausgesetzt, dass er gezahlt war, vergl. Anm. 155, und dass der Werth der Sache nicht unter ihn gesunken, s. Anm. 168; zu diesem kommt dann das übrige Interesse hinzu, s. noch folg. Anm. 164 und 168. Einen Fall eigenthümlicher Gestaltung des Interesses s. fr. 66. §. 2. *h. t.* Dadurch, dass der Verkäufer den entwährten Gegenstand dem Käufer in Natur und anspruchsfrei wieder anbietet, kann er der Leistung des Interesses sich nicht entziehen, fr. 67. *h. t.*

162 C. 17. *h. t.* vergl. dazu Glück a. a. O. S. 366.

163 Fr. 15. pr. 16. *h. t.*

164 Fr. 8. 16. pr. 51. §. 3. fr. 66. in f. *h. t.* c. 9. 23. *ej. tit.*

165 Fr. 43. in f. 44. *de A. E.* vergl. Glück S. 356.

166 C. 16. *h. t.*

167 Fr. 45. §. 1. *de A. E.*, vorausgesetzt ist natürlich die Möglichkeit dazu, denn s. c. 9. *h. t.* fr. 43. *de A. E.*, welche vom Gegentheil zu verstehen sind; vergl. Glück S. 359.

Käufer an Werth verloren, so kommt nur der Werth in Betracht, welchen er zur Zeit der Entwährung gehabt hat[168]. Ist nur ein Theil des verkauften Gegenstands entwährt worden, so ist, je nachdem er als Quote im Ganzen, oder als abgesonderter Theil desselben dem Käufer entzogen ist, dort ein verhältnissmässiger Theil des Werths des Ganzen, hier der absolute Werth jenes Theils[169], bei Grundstücken also z. B. unter Rücksicht auf die Güte des Bodens, und zwar von der Zeit des Kaufabschlusses her, Gegenstand der Verpflichtung[170]; wäre der Preis nach den einzelnen Theilen einer Sache, namentlich nach der Anzahl gleichartiger Bestandtheile festgesetzt worden, so ist hierdurch der Entschädigungsanspruch wegen der entwährten Theile ohne weitere Rücksicht auf ihren individuellen Werth bestimmt[171]. Wenn mehrere Sachen um eine gemeinschaftliche Summe verkauft und davon die eine entwährt worden ist, so ist natürlich der Verkäufer deshalb nicht weniger verpflichtet, dem Käufer das Interesse zu ersetzen, wenn auch die übrigen noch soviel werth sind, als derselbe dafür gegeben hat[172]. Bilden dieselben ein Ganzes, oder

[168] Fr. 45. pr. *de A. E.* fr. 66. §. 3. in f. fr. 70. *h. t.* Vergleicht man ältere Schriftsteller, so finden sich manche, von den neueren, welche jedoch nicht so in die Details eingehen, nicht mehr berührte, verschiedene Ansichten über den eigentlichen Inhalt der Eviktionssumme, wenn es nur auf das Interesse ankommt, also darüber, was unter diesem möglicherweise zu verstehen und wie es zu berechnen sei. Mehrere sind der Meinung, dass immer wenigstens der Kaufpreis zurückgefordert werden könne, befände sich auch die Sache zur Zeit der Eviktion in einem schlechteren Zustand; vergleicht man die vorher cit. drei Stellen, besonders die zweite, — *verba: finem pretii — deminuat*, — so kann an der Unrichtigkeit dieser Ansicht kein Zweifel übrig bleiben, s. auch Glück a. a. O. S. 349. 361. Dieser behauptet aber wieder unter Bezug auf viele Andere, „nur dann werde der Werth der evinzirten Sache blos nach der Zeit des Kontrakts geschätzt, wenn dieselbe inzwischen weder vermehrt, noch vermindert worden, ohne dass darauf etwas ankomme, ob die Sache zur Zeit der Eviktion gestiegen oder gefallen, und ob die Sache den gegebenen Preis werth sei, oder nicht. Der Verkäufer müsse den empfangenen Kaufpreis ohne Abzug zurückgeben. Sei die Sache aber vermindert oder verschlechtert worden, oder habe sie einen Zuwachs und dadurch grösseren Werth erhalten, so werde ihr Werth nach dem Interesse des Käufers zur Zeit der Eviktion geschätzt.“ Darin sind aber mehrere Irrungen enthalten. Erstens ist es falsch, dass Steigen und Fallen des Werths der Sache, ohne Vermehrung oder Minderung ihrer selbst, auf die zu gewährende Eviktionssumme keinen Einfluss haben solle; denn einmal gehört ein solches Steigen des Preises offenbar zum Interesse, so dass es die Grundlage für dessen Berechnung abgeben kann, welches ja doch stets neben dem gegebenen Preis ersetzt werden soll (Anm. [161]), sodann darf und muss das, was fr. 70. *h. t.* sagt, *si minoris esse coepit, damnum emtoris erit*, doch auch vom blossen Fallen des Preises verstanden werden, und da nun dies dem vorangehenden höheren Interesse mit *ergo etsi etc.* entgegengesetzt wird, so liegt darin mehr als ein *arg. e contrario* für das Steigen, von welchem übrigens, wie sich von selbst versteht, hier dasselbe wie vom Fallen rücksichtlich der entgegengesetzten Wirkung gelten muss. Sodann aber ist es unrichtig, um den Werth der Sache nach des Käufers Interesse zur Zeit der Eviktion schätzen zu können, den grösseren Werth derselben als durch Zuwachs entstanden vorauszusetzen, dies führt zu der unnatürlichen Vorstellung, den Unterricht und die Bildung eines Sklaven (fr. 43. in f. *de A. E.*) als Zuwachs desselben zu betrachten.

[169] Fr. 1. 45. *h. t.*; an einer Proportion, wie bei festgesetzter Eviktionssumme, fehlt es hier, indem das Interesse im Allgemeinen maasgebend ist, s. die Stellen der Anm. [161] und [164], nur ist es freilich auffallend, dass, während der Käufer bei der Entwährung des Ganzen nicht auf seinen Werth zur Zeit des Kaufs beschränkt wird, ihm bei der des Theils diese Grenze gesetzt ist, s. die Stelle der folg. Anm.

[170] Fr. 13. *h. t.*

[171] Fr. 53. pr. *h. t.*

[172] Fr. 47. 72. *h. t.*; wenn in der ersteren Stelle gesagt ist, *nec referre, separatim singulos, an simul emerim*, so versteht sich das freilich von selbst; es darf hierbei, zur Verminderung

gehören sie in solcher Weise zusammen, dass durch das Fehlen der einen die übrigen zusammen an Werth verlieren, indem ein solcher besonderer für die Gesammtheit derselben bestand, so kann dies ebenso, wie wenn es in Betreff eines entwährten Theils zum Ganzen eintritt, bei der Bestimmung des Interesses in Anschlag kommen [173]. — Wird an dem verkauften Gegenstand eine Servitut erstritten, so ist, wenn es ein Niessbrauch ist, dessen Werth nach einem durchschnittlichen Jahrsertrag zu schätzen, und dieser sovielmal von dem Kaufpreis abzuziehen, als der Niessbrauch dauert [174]; wenn eine andere Servitut, so ist der dadurch geminderte Werth der Sache durch Taxe zu ermitteln [175]. Ist endlich nur der Besitz einer Sache oder der Quasibesitz einer Servitut, oder der Freiheit von einer Servitut entwährt worden, so kann auch nur das Interesse daran Gegenstand des Anspruchs deshalb sein [176]. In der Gestalt einer Ausnahme erscheint der Satz, dass, wenn eine Sache durch den Richter zur Deckung einer Schuld abgepfändet und verkauft, und dem Käufer nachmals entwährt worden ist, Derjenige, welcher durch den Erlös daraus befriedigt wurde, nur zur Erstattung des vom Käufer gegebenen Preises sammt Zinsen haftet [177].

Aus der vorherigen Entwickelung des Begriffs der Entwährung folgt von selbst, dass der Anspruch daraus in der That erst dann rechtlich verfolgt werden kann, wenn sie wirklich geschehen ist [178]. So viel nun zwar dafür zu sprechen scheint,

von Verwechselungen, übrigens der Satz bei der vor. Anm. nicht ausser Acht gelassen werden.

[173] Dies folgt aus allgemeinen Grundsätzen und der Analogie des Satzes bei Anm. [121], vergl. auch Glück a. a. O. S. 365., nur sind dessen Quellencitate alle unrichtig; in den Quellen werden die obigen Fälle m. W. gar nicht erwähnt.

[174] Fr. 15. §. 1. *h. t.*, so muss nach m. E. die *pro bonitate fructuum facienda aestimatio* verstanden werden, denn anders lässt sich der Betrag im Vergleich zur Proprietät nicht berechnen. Bei Anderen finde ich diesen Fall spezieller gar nicht erwähnt; mir scheinen die allgemeinen Grundsätze kein anderes Resultat übrig zu lassen. Ein Beispiel möge das Obige erläutern. Gesetzt, es ist ein Grundstück für 100 gekauft, dessen Niessbrauch auf 4 im Durchschnitt zu schätzen ist; diese entgehen dem Käufer so lange, als der Niessbrauch währt, während der Verkäufer den Kaufpreis nutzen würde, mithin muss sie der letztere dem ersteren erstatten. Dass hier nach und nach die jährlichen 4 den gegebenen Kaufpreis von 100, vielleicht sogar über das Doppelte hinaus übersteigen können, ändert nichts, denn diese sind ja doch dem Verkäufer zum Besten gekommen, und er nutzt sie fortwährend. Ein anderweites Interesse lässt sich kaum denken; wäre es nachzuweisen, — z. B. der Käufer hätte mit Profit weiter verkauft, und hätte nun seinem Käufer gegenüber Nachtheil zu tragen, — so müsste es natürlich auch ersetzt werden. Beliefe sich der Ertrag des Niessbrauchs höher, z. B. auf 10, so würde auch das nichts ändern, sondern immer der Verkäufer diesen Schaden tragen müssen, denn es ist dieses das Interesse des Käufers. Würde auch durch den Ueberschuss dieses Mehrertrags, also von 6, über die anzunehmende Zinssumme von 100 das Doppelte dieser Summe überstiegen, so wäre damit doch immer noch nicht gegen den Satz bei Anm. [165] verstossen, weil diese Summe nicht auf einmal, sondern nur allmälig gezahlt wird, das Verbot des *dupli* aber nur den ersteren Fall voraussetzt.

[175] Fr. 15. §. 1. *d.* s. dazu, wegen der Lesart *servitus* anstatt *servus*, Glück a. a. O. S. 116. [74] und die dort Gen. auch Vangerow a. a. O. S. 321.

[176] Dieser Satz folgt aus der Analogie der vorhergehenden; s. Anm. [144] und [159].

[177] Fr. 74. §. 1. *h. t.* c. 13. *h. t.*, was vom Richter selbst, gilt natürlich auch von den hierzu von ihm beauftragten Personen, s. fr. 50. *h. t.* Wegen des privaten Pfandverkaufs s. §. 77. II, 4, c.

[178] Fr. 1. pr. *de Rer. permut.* fr. 34. §. 1. *h. t.* c. 3. *de Eviction.*, hiermit hängt es zusammen, dass, 1, wenn der Verkäufer in Vertretung des Käufers dem aufgetretenen Vindikanten die *litis aestimatio* bezahlt hat, der Käufer keinen Anspruch weiter erheben kann, fr. 21. §. 2. *h. t.*; 2, dass, so lange die Verurtheilung nicht zur

dem Käufer, wenn ihm schon vor Vollziehung des abgeschlossenen Kaufs, oder vor Eintritt der Entwährung und der andererseits geschehenden Schritte dazu, solche Umstände bekannt werden, welche die Entwährung in Aussicht stellen, nicht schlechthin zuzumuthen, den Gegenstand vor Beseitigung dieser Besorgniss anzunehmen und seine Gegenleistung zu erfüllen, oder beziehungsweise es ohne Sicherstellung auf den Prozess ankommen zu lassen, so ist er dennoch nur unter folgenden Umständen berechtigt, zur Sicherung seiner rechtlichen Interessen sogleich Schritte zu thun. Wenn nämlich:

1) schon vor Zahlung des Preises Streit über das Eigenthum des verkauften Gegenstands entsteht, so kann der Käufer zur Zahlung — und also zur Annahme des Gegenstands, wenn die Uebergabe noch nicht erfolgt sein sollte, — nur dann genöthigt werden, wenn ihm der Verkäufer wegen seiner Regressansprüche vollständige Sicherheit bestellt[179]. Dasselbe ist analog in Ansehung der von dem Kaufpreis abzuziehenden Taxsumme für in Streit gezogene, vom Verkäufer zu vertretende, Servituten der Fall, welche auf dem Gegenstand ruhen, oder einem erkauften Grundstück als zuständig verkauft sind.

2) Wenn der Käufer erfährt, dass der erkaufte Gegenstand für eine ihm unbekannt gebliebene Schuld hypothekarisch hafte, so kann er vor dessen Annahme und Zahlung des Preises vom Verkäufer die Befreiung des Gegenstands von dem Pfandrecht klagend verlangen[180].

3) Hat der Verkäufer wissentlich eine fremde Sache einem damit unbekannten Käufer verkauft, so kann dieser, sobald er davon Kunde erhält, also schon bevor Anstalt gemacht wird, ihm die Sache zu entwähren, Klage auf sein Interesse an dem Erwerb des Eigenthums dieser Sache erheben[181].

Es giebt aber auch ferner eine Anzahl von Fällen, in denen dem Käufer der Gegenstand des Kaufs zwar nicht mehr entwährt werden kann, dennoch aber derselbe Anspruch, wie wenn es geschehen wäre, darum wider den Verkäufer zusteht, weil die Sicherung gegen die Entwährung nicht durch ihn herbeigeführt, er vielmehr seinen Obliegenheiten in dieser Hinsicht nicht nachgekommen, sondern das Interesse des Käufers dennoch verletzt ist, — nämlich, wenn der Käufer den Eigenthümer beerbt[182], oder den Gegenstand sonst unentgeltlich von ihm erworben[183], oder wenn eine Frau eine Sache gekauft, sich mit deren Eigenthümer verheirathet und sie diesem als Heirathsgut zugebracht hat[184].

Vollziehung kommt, die Eviktion nicht als geschehen zu betrachten ist, fr. 57. pr. *h. t.* vergl. fr. 74. §. 2. *eod.* 3, Von selbst versteht sich, dass, wenn die Sache vor der Entwährung zu Grunde ging, ein möglich gewesener Anspruch erlischt, fr. 21. pr. *h. t.*

179 Fr. 18. §. 1. *de Periculo et commodo*, c. 24. *de Evict.*

180 C. 5. *ej. tit.* vergl. Glück a. a. O. S. 375 ff.; nach der Uebergabe kann der Käufer der Forderung des Preises jedoch eine *exceptio* (*doli*) entgegensetzen, und dadurch erlangen, dass er nur gegen Kautionsbestellung zur Zahlung verurtheilt wird, c. 24. *ej. tit.*, eine Klage auf Befreiung hat er, so lange ihm die Sache nicht abgestritten worden, nicht, c. 3. *eod.* Diesem Resultat steht fr. 52. §. 1. *de A. E.*, wie Manche geglaubt haben, nicht entgegen, indem darin nicht gesagt ist, dass die (hier entscheidende) Uebergabe, und resp. Annahme, geschehen war; vergl. Glück a. a. O. S. 379. Ist die Befreiung ausdrücklich versprochen worden, so versteht sich freilich von selbst, dass der Käufer darauf klagen kann, fr. 41. pr. *de Contrah. emt.*

181 Fr. 30. §. 1. *de A. E.* Vergl. oben bei Anm. 32. Ueber ein besonderes *pactum* in dieser Beziehung s. c. 12. *h. t.*

182 Fr. 9. 41. §. 1. *h. t.*

183 Fr. 13. §. 15. fr. 29. *de A. E.*

184 Fr. 24. *h. t.* Sollte der Käufer den Gegenstand vom Eigenthümer selbst wiederholt gekauft haben, so kann er dem ersten unbefugten Verkäufer, wenn dieser den Preis for-

Um wegen geschehener Entwährung Anspruch auf Entschädigung erheben zu können, darf aber auch der Käufer in der Wahrnehmung und Vertheidigung seiner hierin mit denen des Verkäufers gemeinschaftlichen Interessen nichts vernachlässigt und versäumt haben[185]. Hierher gehört im Besonderen Folgendes. Er darf vor Allem, wenn ihm die gekaufte Sache von Jemandem streitig gemacht wird, dieselbe nicht freiwillig herausgegeben, oder derelinquirt haben[186], ausgenommen, wenn der erhobene Anspruch ganz offenbar war[187]; ebenso trifft ihn der Nachtheil, wenn der Besitz der Sache aufgegeben, welche er hätte innehalten können, und nun die Klage mit Erfolg nicht durchzusetzen ist[188]. Er darf ferner den entstandenen Streit nicht durch ein Kompromiss auf einen schiedsrichterlichen Spruch schlichten lassen und durch diesen Unrecht erhalten haben[189], sondern es muss ihm der Streitgegenstand im Weg Rechtens unwiderruflich abgesprochen worden sein[190]. Kommt es nun zum Prozess, so muss der Käufer dem Verkäufer davon Anzeige machen (litem denunciren), damit er ihm in der Vertheidigung der Sache beistehe[191], mithin so zeitig, dass der Gebrauch und Erfolg der von demselben ihm an die Hand zu gebenden Vertheidigungsgründe noch prozessualisch möglich ist[192]. Die Existenz

dert, die *exc.* entgegensetzen, weil er nicht tradirt hat. Ist er aber in dieser Hinsicht seinen Obliegenheiten nachgekommen, so handelt der Käufer durch einen abermaligen Kauf, um die Ansprüche des Anderen abzuwenden, auf seine Gefahr, und es würde hier die Frage, ob er nun an den ersten Verkäufer einen Regress aus dem Kauf nehmen kann, nach den im Text sogleich folgenden Grundsätzen zu entscheiden sein, und ausserdem etwaniger *dolus* des Verkäufers in Betracht kommen.

185 Fr. 49. §. 1. *Soluto matrim.* c. 1. *de Rerum permut.*

186 C. 17. *h. t.* fr. 76. *h. t.*

187 Fr. 11. §. 12. *de A. E.*

188 Fr. 29. §. 1. *h. t.;* verwandt hiermit ist der in fr. 54. pr. fr. 56. §. 3. *h. t.* enthaltene Umstand, dass es dem Käufer zum Schaden gereicht, wenn die Ersitzung durch Schuld des Käufers unterbrochen worden ist.

189 Fr. 56. §. 1. *h. t.*

190 C. 17. *h. t.* Die Fragen, ob der Käufer alle mögliche Rechtsmittel müsse in Bewegung gesetzt haben, erscheint *arg. e contr.* fr. 63. §. 1. *h. t.* (*verb. venditore praesente*) zu bejahen, nach c. 20. *h. t.* aber, wo die Appellation noch als dem Verkäufer zuständig gedacht ist, zu verneinen zu sein. Für das erstere mögte auch noch die Ausnahme von der Eviktionspflicht sprechen, wenn der Käufer *injuria judicis victus est*, s. Anm. 206 u. 198 a. E. Auf allen Fall wird derselbe vorsichtig handeln, wenn er zu allen möglichen Rechtsmitteln greift, um jedem Einwand von der anderen Seite zuvorzukommen.

191 C. 8. 9. 20. 21. 23. *h. t.* c. 1. *de Periculo et commodo*, hat der Verkäufer mehrere Erben hinterlassen, so muss allen *lis* denuncirt werden, fr. 62. §. 1. *h. t.*, den Bürgen desselben aber nicht, c. 7. *h. t.* Der Zweck ist das *assistere causamque instruere*, c. 21. 23. *dd.* Nach R. R. ist mit der *duplae stipul.* (s. Anm. 152) auch die Verpflichtung des Verkäufers verbunden zu denken, dass er den Käufer bei entstehendem Eviktionsprozess ganz und gar vertreten wolle, was also von der blossen Assistenz zu unterscheiden ist, s. darüber §. 84. Anm. 39, daselbst auch über fr. 62. §. 1. *d.*, über den Fall, wenn mehrere Auktoren vorhanden sind, ferner darüber, dass die gedachte, in der *stipul. duplae* stillschweigend enthaltene Verpflichtung mit jener antiquirt ist, und über die praktische Bedeutung einer ausdrücklich eingegangenen Verpflichtung der Art.

192 Fr. 29. §. 2. *h. t.* vergl. Glück a. a. O. S. 391 ff. und die dort Gen. über die Zeit, wann noch die Litisdenunciation mit Erfolg geschehen könne. Bei dieser Auffassung der Sache erscheint denn auch fr. 29. §. 3. *de Legat.* III. nicht in Widerspruch, sondern es kommt einfach darauf hinaus, dass zwar, weil diejenigen Vertheidigungsmittel, welche der Verkäufer an die Hand wird geben können, in der Regel Exceptionen sein werden, die Litisdenunciation so zeitig genug geschehen muss, dass diese mit vorgeschützt werden könne, — wobei nicht zu übersehen ist, dass die letzte Stelle aus der Zeit des noch unversehrten Formularprozesses herrührt, — dass dieselbe immer noch zeitig genug geschieht, wenn der Denunciat nur solche (oder gar keine) Vertheidigungsmittel an die Hand geben kann, welche vermöge der Lage des Prozesses noch einge-

und Wirksamkeit solcher nämlich ist der eigentliche Grund dieses Erfordernisses, und darum fällt es weg, sobald sich erweisen lässt, dass das Recht des aufgetretenen Dritten vollständig begründet und von überwiegender Stärke war, so dass eine Theilnahme des Auktors am Prozess ganz fruchtlos gewesen sein würde [193]. Ausserdem fällt diese Nothwendigkeit weg, wenn der Verkäufer es hintertrieb oder unmöglich machte, dass ihm die Anzeige geschehe [194], oder der Käufer seinen Aufenthalt zu erfahren [195], oder ihm jene mitzutheilen nicht im Stande war [196]. Tritt aber der Verkäufer zum Prozess hinzu, so muss der Käufer auch von denjenigen Rechtsgründen Gebrauch machen, welche ihm der erstere anräth, vorausgesetzt, dass sie zum Zweck geführt haben würden [197]. Endlich darf er unter allen Umständen bei der Führung des Prozesses nichts Wesentliches versäumt, oder versehen [198], oder in Folge eines solchen Grunds, zu dessen Entstehung er selbst erst die Veranlassung gegeben, den Prozess verloren haben [199].

Es folgt aus allgemeinen Grundsätzen, dass der Käufer die Gefahr der Entwährung übernehmen und auf daher entstehende Ansprüche, entweder im Allgemeinen, oder doch für gewisse Fälle verzichten kann [200], auch braucht der Käufer ihm dann im Fall der Entwährung nicht etwa das Kaufgeld zu erstatten [201]; wusste jedoch der Verkäufer bereits, dass der Gegenstand ein fremder, oder in irgend einer

bracht werden können. — Das Weitere über die praktische Anwendung und Erscheinung der L. D. gehört in den Prozess. Daher bemerke ich nur noch, dass der Käufer nicht nur als Verklagter, sondern auch als Kläger in den Fall, *litem* zu denunciren, kommen kann. Ueber die *Lit. Denunciatio* s. jetzt Dernburg in d. Ztschrft. N. F. Bd. II. S. 1 ff.

193 Allerdings wird in den Quellen von der L. D. in der Regel so gesprochen, als wenn sie unerlässlich wäre, um den Regress nehmen zu können, s. z. B. c. 1. *de Periculo et commodo*, c. 8. *de Sententiis*, c. 8. 20. *h. t.*, indessen kann nicht nur der innere Grund dieses Erfordernisses kein anderer sein, als der, dass der verklagte Käufer den Prozess ebenso sorgfältig führen und zur Vertheidigung der Sache alles dasjenige zur Sprache bringen möge, was der Verkäufer, selbst angegriffen, vorschützen könnte, also von diesem vollständig über die Lage der Sache instruirt werde, sondern es wird dies auch in fr. 51. §. 1. *h. t.* in den Worten *quoniam parum instructus victus esset* (*emtor*) ganz deutlich anerkannt. Nimmt man hierzu, dass nach fr. 11. §. 12. *de A. E.* (s. Anm. 187) der Käufer es unter Umständen nicht einmal selbst nur auf den Prozess ankommen zu lassen braucht, so kann für die gemeine Meinung, welche den im Text enthaltenen Satz festhält, ein allerdings ganz triftiger Grund behauptet werden. Vergl. auch Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 298. h). Die Fragen, ob die Behauptung des Abhandenseins resp. Vorhandenseins solcher Gründe das vom Evincenten behauptete Recht positiver oder negativer Natur im Prozess seien, muss sammt der hiervon abhängigen Frage von der Beweislast dem Prozess überwiesen werden; s. noch Anm. 198 a. E.

194 Fr. 55. §. 1. fr. 56. §. 5. *h. t.*

195 Fr. 56. §. 6. *h. t.*

196 C. 29. *h. t.*

197 Fr. 66. pr. *h. t.* Die obige Beschränkung scheint mir nothwendig sich von selbst zu verstehen, die Entscheidung dieser Frage würde im späteren Prozess wegen des Regresses zur Sprache kommen. Ueber die Vereinigung oder Nichtvereinigung beider Theile zur gemeinschaftlichen Prozessführung gehört das Weitere in den Prozess, besonders in die Lehre von der Intervention.

198 Hierher gehören im Besonderen alle Ungehorsamsfälle, die auf den Prozess von Einfluss sind, fr. 55. pr. *h. t.* c. 8. *h. t.* unterlassene Vorschützung zerstörlicher Exceptionen, fr. 63. §. 2. *h. t.* c. 19. *h. t.* Allerdings aber würde gegen die aus Unterlassungen dieser Art herzunehmenden Gründe der Gegengrund bei Anm. 193 wirksam werden.

199 Fr. 27. 28. *h. t.*

200 C. 21. *h. t.* fr. 69. pr. *h. t.* s. auch fr. 10. *de Hered. vend.*

201 Fr. 11. §. (14. 15.) 18. *de A. E.* Diese Materie ist vielfach bestritten, s. Glück a. a. O. S. 296 ff. Vangerow a. a. O. S. 323 ff.; in jener Stelle verwirft Ulpian die Meinung des Julian, was die bei Glück S. 301. 63 gen. Aelteren vergeblich bestreiten. S. noch Anm. 210 Nr. 2.

Weise belastet sei, und verschwieg er dieses dem Käufer, so ist er demselben um nichts weniger aus der Entwährung verpflichtet[202]. — Aber auch abgesehen hiervon fällt der Entschädigungsanspruch weg: 1) wenn der Käufer, mit der Sachlage und mit den bevorstehenden Möglichkeiten bekannt, diese auf seine Gefahr übernommen hat, sei es, dass er vom Verkäufer davon vollständig unterrichtet worden, während derselbe dafür nicht einstehen zu können erklärte[203], oder dass er ohnedies schon die Verhältnisse kannte[204]; ein besonderes Versprechen des Verkäufers, für die Entwährung einzustehen, würde jedoch die Sache wiederum zu seinem Nachtheil ändern[205]. 2) Wenn das die Entwährung aussprechende Erkenntniss des Richters ungerecht war[206], und wenn 3) der §. 39. Nr. 3. enthaltene Grund eintritt[207]. 4) Ferner fällt der Regress beim Hoffnungskauf (s. §. 97. bei Anm. 70.)[208], und in Ansehung der Sachen weg, welche beim Hasardspiel verkauft worden sind, um mit dem dafür gelösten Gelde zu spielen[209]. 5) Nicht minder, wenn der Gegenstand dem Käufer gewaltsam abgenommen worden ist[210].

Es ist endlich am Schluss der Lehre von der Entwährung zu bemerken, dass, wenn sie zwar ähnlich wie die von den Fehlern und Mängeln vorzugsweise in der Anwendung auf den Kauf ihre Ausbildung gefunden hat, dennoch dieselbe nicht minder auf alle diejenigen Verträge angewendet wird, vermöge deren die Uebertragung einer Sache gegen eine Gegenleistung zu dem Zweck geschieht, dass der Empfänger der ersteren sie für sich behalten, und wo möglich Eigenthum daran erwerben solle; also namentlich beim Tausch[211], bei der Hingabe an Zahlungs Statt[212], bei der Uebereignung gemeinschaftlicher Sachen in Folge einer Theilung[213], bei Uebergabe einer Sache in Folge Vergleichs, u. s. w.[214].

202 Fr. 69. §. 5. *h. t.* fr. 6. §. 9. fr. 11. §. 15. *de A. E.*

203 Fr. 69. pr. *h. t.*, zur Erläuterung der desfallsigen Erklärungen s. §. 1. sqq. ib. fr. 1. §. 1. fr. 39. *de A. E.* fr. 69. §. 5. *h. t.*

204 Fr. 1. §. 1. in f. *de A. E.* c. 18. 27. *h. t.* c. 7. *Communia utriusque judicii.* S. noch Anm. 210 Nr. 2,.

205 C. 27. *h. t.* c. 7. *d.*

206 Fr. 5. 51. pr. *h. t.* c. 8. 15. *h. t.* Für diesen Fall ist dieselbe Streitfrage, welcher in Anm. 201 gedacht worden, entstanden, was nach c. 27. *d.* eigentlich nicht für möglich gehalten werden sollte; vgl. Glück a. a. O. S. 228 ff. und Vangerow S. 325 f.

207 Fr. 11. pr. *h. t.*

208 Fr. 8. §. 1. *de Contrah. emt.* fr. 10. 11. *de Hered. vend. Dolus* macht freilich den Verkäufer verantwortlich, fr. 12. *eod.*

209 Fr. 2. §. 1. *Quarum rerum actio.*

210 C. 17. *de A. E.* — Einige besondere Fälle, welche zum Theil mit den obgedachten Ausnahmen verwandt sind, sind diese: 1, durch Beerbung zwischen Käufer und Verkäufer erlischt zwar der Eviktionsanspruch vermöge der Konfusion, nach fr. 41. §. 2. *h. t.* aber kann natürlich derselbe gegen einen früheren Verkäufer bestehen bleiben, indem dieser dann ein besonderer für sich ist. 2, S. ferner c. 3. §. 4. *Communia legator.* wenn *res sub conditione legata pendente conditione* verkauft worden, dieser Kauf wird mit deren Eintritt rückwärts aufgelöst, und hier kann dann, auch wenn für den Fall die bei Nr. 1, im Text gedachte Voraussetzung eintritt, das Kaufgeld zurückgefordert werden. Hierauf wird von Manchen (selbst noch Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 299.) irrig die Ansicht gebaut, dass für den Fall Nr. 1, im Text immer das Kaufgeld zurückgefordert werden könne, vergl. Glück Komm. Bd. XX. S. 229 ff. 3, Eine zu Gunsten der Kirchen und Armen bestimmte Ausnahme s. in Nov. VII. Kap. 5.

211 Fr. 1. §. 1. *de Rer. permut.* c. 1. *ej. tit.* Hierher sind auch die Fälle der römischen Innominatkontrakte zu rechnen, s. z. B. fr. 16. *de Condict. caussa data*, fr. 5. §. 2. *de Praescr. verb.* — Vergl. überhaupt Glück Bd. XX. S. 182 ff. und oben §. 116. 5.

212 Fr. 24. pr. *de P. A.* c. 4. *h. t.* S. auch fr. 46. pr. §. 1. *de Solution.*

213 Fr. 10. §. 2. *Communi divid.* fr. 66. §. 3. *h. t.* c. 7. *Communia utriusque jud.*

214 C. 33. *de Transact.* nicht in Betreff der in Folge des Vergleichs behaltenen Sache. — Nach R. R. war, wenn aus einem anderen Ge-

V. Dem Kauf sind (ausser dem vorher unter Nr. IV. B. b. schon gedachten) einige Wiederaufhebungsgründe eigenthümlich, welche hier noch ihre Stelle finden müssen.

1. Es steht sowohl dem Verkäufer wie dem Käufer frei, die Wiederaufhebung des Kontrakts zu verlangen, sobald er durch Arglist des anderen Theils zum Abschluss desselben überhaupt, oder in der bestimmten Art und Weise veranlasst worden ist[215].

2. Wenn der Verkäufer den Gegenstand, welchen er dem Käufer bereits übergeben hat, noch einmal einem Anderen verkauft, so kann der erste Käufer, auch wenn er schon bezahlt hat, den ganzen Kauf rückgängig machen, und sein gegebenes Kaufgeld sammt Zinsen, jedoch unter Berücksichtigung der bezogenen Früchte, wiewohl auch der aufgewendeten Kosten, zurückfordern[216].

3. Dem Verkäufer steht das besondere Recht zu, im Fall einer sog. enormen Läsion, oder der Verletzung über die Hälfte, d. i., wenn der Preis noch nicht einmal die Hälfte des wirklichen Werths des Gegenstands erreicht, den er zur Zeit des Kaufsabschlusses hatte, die Wiederauflösung des Kaufs zu beantragen. Vorausgesetzt ist hierbei natürlich, dass der Gegenstand einen taxirbaren, also absoluten Werth, einen Marktpreis, habe, indem sich ohnedies die Verletzung als in der gedachten Art geschehen nicht behaupten lässt[217]. Doch kann der Käufer die Wiederaufhebung des Kaufs durch Zuschuss zur Kaufsumme bis auf Höhe des wahren Werths abwenden[218]. Will er das nicht, so kommt es zu einer vollständigen Wie-

schäft, als dem Kauf, wegen Entwährung geklagt werden sollte, dazu entweder die *a. ex stipulatu* anzustellen, wenn nämlich eine Stip. eingegangen war, s. z. B. c. 33. *de Transact.* c. 7. *Communia utriusque jud.*, oder nach Gelegenheit eine *condictio*, oder eine *utilis a.*, oder *praescr. verbis* oder *in factum a.*, s. die Stellen der drei vor. Anmm. Gegenwärtig ist es einfach die Klage aus dem bezüglichen Geschäft, woraus diese Verpflichtung selbst entspringt; möglich ist auch, dass dieselbe durch Testament aufgegeben ist, fr. 58. *h. t.* — Während bei anderen Geschäften das Besondere, was diese Lehre für sie enthält, vorkommt, (s. §. 110. Nr. 3. von den Schenkungen, und die Lehre von Bestellung der Mitgift im Eherecht,) ist hier noch zu erwähnen, 1, dass, wenn zwar der Uebergang einer Sache auf einen Anderen vermöge der Erlegung der *litis aestimatio* (s. §. 52.[32]) als ein dem Kauf ähnliches Geschäft betrachtet wird, dennoch dem Empfänger derselben die Nothwendigkeit für die Entwährung zu haften nicht obliegt, fr. 35. §. 2. *de R. V. sibi enim imputare debet, qui non restituit rem.* 2, Bei Pacht- und Miethverträgen ist von einer Verpflichtung, für Entwährung einzustehen, d. i. *habere licere*, nicht die Rede, sondern nur dafür: *frui licere.*

215 C. 5. *de Rescind. vend.* c. 10. *eod.*; der *dolus* wird nach dieser Stelle *qualitate facti, non quantitate pretii* ästimirt, coll. c. 4. 6 *eod.* fr. 22. §. 3. *Locati.* (Vergl. §. 22. II. 3.) — Es giebt ausser den obigen noch manche Gründe, aus welchen der Kaufkontrakt wieder aufgehoben werden kann, allein sie sind von allgemeinerer Natur, so der *contrarius consensus*, Reuvertrag, u. s w.

216 C. 15. *de R. V.*

217 Es kann nämlich sehr leicht die Liebhaberei einerseits mit bezahlt sein, und die Abneigung andererseits, den Kauf überhaupt zu schliessen. Vergl. noch Thöl Handelsr. Bd. I. S. 203 f.

218 C. 2. 8. *de Rescind. vend.* Diese Lehre hat zu einer grossen Menge von einzelnen Streitigkeiten und Zweifeln Veranlassung gegeben, weshalb dieselbe sich auch einer ganz besonders zahlreichen Lit. erfreut, s. Glück Bd. XVII. §. 1028. Die ursprüngliche Veranlassung zu der Bestimmung ist billige Berücksichtigung der aus Noth geschehenen Verkäufe, welche andererseits von Unredlichen leicht benutzt wird. (Vergl. übrigens Anm. [122] a. E.) Die geschichtliche Frage, ob schon vor den gedachten Konstitutionen gleiche Grundsätze gegolten haben, hat kein praktisches Interesse, s. darüber dens. S. 20 ff., ebensowenig die von ihrer Aufhebung durch einige nicht in den justinianeischen Codex aufgenommenen Konst. des Theodos. Cod. (Lib. III. tit. 1. c. 1. 4. 7.) und endlich die, mit welcher Klage (ob mit *cond. ex*

derherstellung der früheren Verhältnisse, indem einerseits der Käufer den gekauften Gegenstand sammt allen davon gezogenen Früchten und Nutzungen zurückzugeben oder zu ersetzen, der Verkäufer aber den Kaufpreis zurückzuzahlen, zu verzinsen und die nützlichen und nothwendigen auf den Gegenstand verwendeten Ausgaben zu ersetzen hat [219]. Dieser Grund verliert dann seine Wirksamkeit, wenn Jemand vermöge einer letztwilligen Verfügung an eine gewisse Person eine Sache um einen bestimmten Preis zu verkaufen, oder für eine bestimmte Summe einem Dritten herauszugeben verpflichtet worden ist [220]; er leidet ferner keine Anwendung auf die gewagten Kaufgeschäfte [221], und endlich kann auch auf das Recht daraus verzichtet werden [222]. Letzteres ist stillschweigend dann als geschehen anzunehmen, wenn der

l. 2. *Cod. de Resc. vend.* oder *a. emti*) die *laesio enormis* geltend zu machen sei, s. Dens. S. 67 ff. Mehrere Kontroversen werden in den ff. Anmm. berührt werden; hier ist noch folgender zu gedenken, 1, der auf's Weitläuftigste durchgesprochenen, ob nicht das dem Verkäufer zuständige Recht auch dem Käufer im umgekehrten Fall einzuräumen sei? Man hat dafür allerhand Gründe aufzustellen versucht, auch sich auf c. 6. *de Solut.* und fr. 1. §. 13. *Si quid in fraud. patron.* berufen; zugegeben aber auch, dass der Gesetzgeber sich dadurch zu einer solchen Ausdehnung bestimmen müsste, so fehlt es ihnen doch an überzeugender Kraft, dass die gedachten Konstitutionen sie wirklich auch statuiren; s. darüber Glück a. a. O. S. 27 ff., der sich aber für die bejahende Ansicht erklärt, die allerdings von den frühesten Zeiten her eine sehr grosse Menge von Anhängern zählt, obwohl es nie an Widerspruch gefehlt hat. Auch Vangerow S. 329., der gleichwohl in der Interpretation der diesseitigen Ansicht ist, will „wegen völlig entschiedener Praxis" bei der Rechtsprechung die andere Meinung berücksichtigt wissen. 2, Hiermit hängt dann die Ausdehnung auf andere Geschäfte mit gegenseitigen Leistungen aller Art zusammen, s. Glück S. 120 ff., der sie auch bejaht, wiewohl kein einziger Grund dafür, wohl aber alle die dagegen sprechen, aus welchen man sich für die Verneinung der vorigen Frage erklären muss. Vangerow S. 330. hat hier manche Einschränkungen. — Inzwischen hat die Ausdehnung nach beiden Richtungen in der Praxis immer mehr Boden gewonnen, Seuffert Arch. Bd. I. 45—47. 201. II. 275. 292. 356. III. 160. 161. 315—17. IV; 28. VI. 322. VII. 296. Blätter für R.-Pflege in Thüringen und Anhalt, Bd. V. S. 108 ff. und sich daher die Anzahl derer gemehrt, welche die Praxis als konstant betrachten. Chambon Beitr. zum Obl.-R. S. 113—174. und Arndts Pand. §. 307. 3, Die Stellen, welche von der *laesio enormis* handeln, betreffen nur einen *fundus*. Ist nun auch die Ausdehnung auf bewegliche Sachen ausgeschlossen? Dies ist nach m. E. bestimmt zu verneinen, und die Wahl des Beispiels nur zufällig; denn der Grund dieser Bestimmung leidet offenbar viel häufiger Anwendung auf bewegliche Sachen, als auf andere. Auch haben die *Basil.* Lib. XIX. tit. 10. §. 66. u. 70. schlechtweg *πρᾶγμα*. 4, Dem Käufer steht eine *facultas alternativa* zu, nicht aber besteht hier eine *obligatio alternativa*, wie Manche nach c. 3. u. 6. *X. de Emt. et vend.* angenommen haben, darin nämlich ist höchstens dem Richter nachgelassen, alternativ auf Rescission oder Erfüllung des *justum pretium* zu erkennen. Doch werden in der Praxis auch alternative Petita zugelassen. Vergl. Glück a. a. O. S. 71 ff.

219 Dies ist aus allgemeinen Grundsätzen zu folgern, s. auch fr. 173. §. 1. *de R. J.*, vergl. Glück a. a. O. S. 105 ff., der jedoch die Meinung, dass Früchte einer- und Zinsen andererseits, anstatt zu restituiren, gegeneinander zu kompensiren seien, als die in der Praxis herrschende bezeichnet; darauf hat sie aber neben dem vielfachen gegen sie von jeher erhobenen Widerspruch (s. nur die das. Anm. 76 Gen.) keinen Anspruch. Es wird jedoch auch von dieser Seite her der Abzug der nothwendigen und nützlichen, neben der Wegnahme der zierenden Kosten zugegeben. Die c. 2. *de Resc. vend.* hat bekanntlich auch als Beweismittel eines Beispiels einer civilen *i. i. restitutio* gedient, s. dagegen Schröter in d. Zeitschrift Bd. VI. S. 153 f.

220 Fr. 49. §. 9. *de Leg.* I. fr. 70. §. 1. in f. *de Legat.* II.

221 Vergl. §. 97. [69]—[71], denn c. 2. *d.* setzt den Verkauf einer solchen Sache voraus, die zur Zeit desselben schon einen bestimmten Werth hat.

222 Vergl. darüber Glück S. 84 ff., wo die Ansicht beseitigt ist, dass der Verkäufer den

Verkäufer das Verhältniss des Werths zum Preis kannte, und dem Käufer mit dem Mehrbetrag ein Geschenk zu machen beabsichtigte[223]. Dagegen geht dieses Recht für den Verkäufer nicht verloren, wenn der Käufer, um dasselbe zu vereiteln, den Untergang des Gegenstands herbeigeführt hat, sondern es tritt dann der Werth der Sache an ihre Stelle; hat er die Sache selbst wieder veräussert, so haftet er, wenn er es arglistigerweise that, um sich davon los zu machen, wie wenn er sie noch besässe, wenn aber in gutem Glauben, soweit, als er sich über den Werth der Sache bereichert befindet; zufälliger Untergang derselben befreit ihn natürlich immer[224].

VI. Welche und wie mannigfaltige Nebenverträge mit dem Kaufkontrakt verbunden werden können, ist ganz aus den allgemeinen Grundsätzen über diese zu entnehmen[225]. Von mehreren besonders ausgebildeten ist wegen ihrer allgemeineren Bedeutung bereits in anderer Verbindung gehandelt worden, s. §. 101. Nr. I. 1—3. Hier ist noch zweier zu gedenken, welche allerdings beide keineswegs nur im Gefolge eines Kaufkontrakts erscheinen, sondern sehr wohl als selbstständige Verträge abgeschlossen werden können, indessen doch meistentheils in der Gestalt von Nebenverträgen mit jenem zugleich eingegangen zu werden pflegen, so dass die Paciscenten als dieselben Personen und der Gegenstand als der des abgeschlossenen Kaufkontrakts zu denken ist, und welche beide demnächst auch die Verpflichtung des einen von beiden Kontrahenten zum Zweck haben, einen Kaufkontrakt nach gewissen gegebenen Bestimmungen mit dem anderen auf dessen Verlangen abzuschliessen, — des Wiederkaufs und des Vorkaufs.

1. Der Wiederkauf oder Rückkauf ist der Vertrag, vermöge dessen der Käufer sich verbindlich macht, dem Verkäufer den gekauften Gegenstand zurückzuverkaufen[226]. Die Wirkungen des Kaufs selbst, auf welchen er sich bezieht, hindert er

Werth der Sache gekannt haben müsse, wenn der Verzicht wirksam sein solle. S. c. 29. *de Pactis.*

[223] Fr. 38. *de Contrah. emt.* vgl. §. 23. Anm. [9]. Glück Bd. XVII. S. 81. fasst das nach derselben Stelle (und anderen nur die stillschweigende Schenkung als möglich überhaupt betreffenden Stellen) so auf, als sei aus dieser Kenntniss die Absicht zu schenken zu folgern; allein es muss Beides vielmehr verbunden gedacht werden, ohne diese Absicht (*si quis donation. caussa minoris vendat*, fr. 38. *d.*) ist die Kenntniss des Misverhältnisses zwischen Werth und Preis gleichgültig, d. h. dann ist der Kauf immer anfechtbar; s. auch Vangerow S. 332. VI. Ausser den oben aufgezählten Ausnahmen pflegen noch mehrere genannt zu werden, s. z. B. Glück a. a. O. S. 80. 1,—3, S. 86. 89., die keine solche sind. Unter diesen ist namentlich die Frage sehr bestritten, ob bei dem in Versteigerungen geschehenen Verkauf *laesio enormis* vorkommen könne? Vgl. dens. S. 87 ff. Sie ist ohne Einschränkung und Unterscheidung zwischen freiwilliger und nothwendiger Versteigerung zu bejahen, indem man bei der Allgemeinheit der Vorschrift nicht berechtigt ist, für diese Form des Verkaufs etwas Anderes anzunehmen. — Gerichtliche Bestätigung eines Kaufkontrakts schliesst dessen Anfechtung wegen *laesio enormis* nicht aus, s. dens. S. 100.

[224] Vgl. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 248. [m)] und Glück Bd. XVI. S. 112 ff.

[225] Beispiele von Nebenverträgen s. in fr. 16. *de Periculo et commodo rei vend.* Zahlung eines Miethsgelds der übergebenen Sache bis zur Zahlung des Kaufpreises; fr. 13. §. 30. *de A. E.*, dass der Käufer die früher abgeschlossenen noch dauernden Miethverträge aushalte, — natürlich aber tritt er dadurch nicht mit dem Miether selbst in ein unmittelbares Verhältniss; fr. 21. §. 4. *eod.* fr. 75. 79. *de Contrah. emt.* Miethe der verkauften Sache von Seiten des Verkäufers auf eine gewisse Zeit; §. 6. *eod.* vorbehaltene freie Wohnung im verkauften Hause; §. 24. *eod.* Theilung des Profits beim Weiterverkauf. Der Nebenvertrag, Verkäufer solle den Preis vom Käufer in Waaren erhalten, (Baratto gen. vergl. oben bei Anm. [38]) ist bei mangelnder näherer Bestimmung dieser u. ihres Preises effektlos; s. Zeitschrift für R.-Pfl. in Braunschw. 1859. S. 161 f.

[226] Dieser Vertrag, sog. *pactum de retrovendendo*, kommt m. W. nur in fr. 12. *de Praescr. verb.* und in c. 2. *de Pactis inter emtor.* vor,

in keiner Weise[227]. Seine eigene aber besteht darin, dass er dem früheren Verkäufer das Recht giebt, vom früheren Käufer entweder unter den für diesen Fall im Voraus festgesetzten Bedingungen und näheren Bestimmungen[228], oder, wenn darüber nichts bestimmt worden, und die Partheien sich darüber nicht jetzt noch vereinigen, für einen, dem zu ermittelnden jetzigen Werth entsprechenden, Preis den Wiederverkauf der Sache zu fordern[229]. Im letzteren Fall werden auch die Verwendungen, wodurch der Käufer den Gegenstand inzwischen verbessert hat, mit in Anschlag gebracht; im ersteren hingegen kann der Wiederverkäufer nur diejenigen Kosten ersetzt verlangen, welche die Erhaltung, Wiederherstellung und Verbesserung des Gegenstands betreffen, und zwar auch nur soweit sie in dieser Eigenschaft noch als vorhanden anzuerkennen sind. Wäre als zu erstattender Wiederkaufspreis die Taxsumme des Gegenstands zur Zeit des Wiederkaufs festgesetzt worden, so müssten die aufgewendeten Kosten als in derselben steckend angesehen werden[230]. Von Seiten des Wiederverkäufers besteht die Leistung in der Zurückgabe der Sache sammt Zubehör, wie sie eben ist[231]. Ist sie jedoch durch ihn selbst verschlechtert worden, so kommt dieses nun, wiewohl er Eigenthümer ist, als eine schuldvolle Handlung wider ihn in Betracht[232]. Gewöhnlich wird eine Frist zur Ausübung des Wiederkaufsrechts ausgemacht, mit ihr endet dann diese Befugniss;

vorausgesetzt, dass selbst diese Stellen wirklich von einem solchen Vertrag handeln. Seine weitere Ausbildung hat er durch die Doktrin und Praxis erhalten, weshalb denn das Meiste sehr bestritten ist, s. darüber die Lit. bei Glück Komm. Bd. XVI. S. 199., dort auch S. 204. über die Frage, ob dieser Vertrag wirklich in den Quellen gemeint sei, und überhaupt eine gute Uebersicht der mannigfaltigen Kontroversen und Resultate. Im Gegensatz zu dem nachher folgenden *pactum de retroemendo* ist namentlich zu bemerken, dass der Begriff des Wiederkaufs nur das erstere bezeichnet, nicht das zweite, obwohl er dieses auch recht wohl bedeuten könnte, dass also unter demselben überall nur das *p. de retrovendendo* zu verstehen ist. Das *p. de retroemendo* muss also durch Umschreibung genauer kenntlich gemacht sein, indem es einen besonderen Kunstausdruck dafür nicht giebt. Natürlich können hierbei keine anderen Regeln gelten, als beim *p. de retrov.* Der Vertrag, dass der Kauf nicht für geschlossen angesehen werden solle, wenn der Verkäufer dem Käufer das Kaufgeld zurückgeben würde, ist kein Wiederkaufsvertrag, s. c. 7. *de Pactis inter emtor.*, vergl. Glück a. a. O. S. 203.

227 Dieses hat besonders Bezug auf die Befugniss freier Verfügung über den Gegenstand in Folge des Erwerbs desselben. Damit ist denn aber freilich auch die Möglichkeit anerkannt, durch Veräusserung an Dritte die künftige Erfüllung des Vertrags durch Rückgabe auszuschliessen, so dass dann nur die Leistung des Interesses übrig ist. Vergl. Glück a. a. O. S. 202. und nachher Anm. 233.

228 Man pflegt darauf aufmerksam zu machen, dass unter dem Wiederkauf hierbei nicht Zinswucher versteckt werden darf. Vergl. noch Anm. 233.

229 Dieser Punkt ist hart bestritten, und die Meinung sehr gewöhnlich, dass nur der frühere Preis wiedergegeben zu werden brauche, vergl. Glück S. 220 ff.

230 Vergl. über beide Fälle dens. S. 221 ff.; im Besonderen gehören hierher auch die Baukosten abgebrannter und wiederaufgebauter Gebäude. Glück giebt hier zu, dass, wenn ein solches zufällig von Grund aus zerstört und neu aufgebaut worden wäre, das Wiederkaufsrecht wegen fehlenden Objekts nicht ausgeübt werden könne, allein, da das Gebäude immer nur als Zubehör des Bodens erscheint, so muss nach m. E. wie überhaupt so auch hier, hingesehen auf den Gegenstand und seine Existenz, das Wiederkaufsrecht überall da ausgeübt werden können, wo Vindikation noch möglich wäre.

231 Vergl. dens. S. 223 f.; hierher gehören (als *pars fundi*) auch die hängenden Früchte.

232 Vergl. Glück a. a. O. S. 219. Zufällige Verschlechterung hat, wenn kein Preis vorherbestimmt worden, natürlich auf die Taxe Einfluss, entgegengesetzten Falls aber bleibt es bei dem einmal bestimmten Wiederkaufspreis, indem es ja vom Verkäufer abhängt, ob er dieses Recht ausüben wolle, oder nicht. S. denselben.

wäre ein Termin gesetzt, von welchem an sie soll geltend gemacht werden können, so bewendet es dabei. Eine Verjährung des Wiederkaufsrechts tritt wegen mangelnder Rechtsverletzung vor Kundgebung der Absicht, es auszuüben zu wollen, nicht ein [233]. — Wie dem Vorstehenden zufolge der frühere Verkäufer als der Gläubiger, und der frühere Käufer als der Schuldner erscheint, kann umgekehrt auch ein Vertrag des Inhalts zwischen beiden abgeschlossen werden, dass der erstere dem zweiten den früher ihm verkauften Gegenstand wieder abkaufen solle, wenn er ihn nicht länger behalten wolle; hier gelten für beide Kontrahenten umgekehrt dieselben Grundsätze [234].

2. Der Vorkauf begreift das Recht, dass, wenn der eine von beiden Paciscenten eine gewisse Sache verkaufen würde, der andere vor jedem Kauflustigen den Vorzug eingeräumt erhalten solle [235]. Dieses Recht kann nicht nur durch Vertrag

233 Vergl. §. 31. bei und in Anm. 30; in sofern hat der Wiederkauf allerdings etwas ganz Eigenthümliches. Die Frage von der Verjährung des Wiederkaufsrechts ist vielfach erörtert und bestritten, s. Glück a. a. O. S. 206 ff., der sich zwar auch für die obige Meinung erklärt, indessen mit der Unterscheidung, wenn die Ausdrücke dabei so gewählt seien, dass der Wiederkauf zu jeder Zeit, wenn es dem Verkäufer gefallen werde, über kurz oder lang, zu ewigen Zeiten und dergl., solle ausgeübt werden dürfen; (Unterholzner a. a. O. S. 250. will hier noch eine Protestation für erforderlich und zulässig halten;) wo nicht, so sei sein Recht der dreissigjährigen Verjährung unterworfen, wenn keine andere Zeitbestimmung getroffen sei. Dieses letztere, was ihn mit Anderen zu der weiteren Frage vom Anfang der Verjährung führt, ist von dem im Text angedeuteten Gesichtspunkt aus zu leugnen, vergl. Savigny System Bd. V. S. 304. Bevorwortungen der gedachten Art sind hier gleichgültig. Diese Anschauung bleibt durchaus dieselbe, wenn ein *terminus a quo* für die Möglichkeit der Ausübung festgesetzt worden ist; nur nicht früher soll sich dann die Absicht mit Erfolg aussprechen dürfen, erforderlich aber ist deren Aeusserung hier nicht minder, wie wenn ein solcher Termin gar nicht bestimmt worden ist, wofür Glück wiederum von da an die dreissigjährige Verjährung eintreten lässt. Wegen eines festgesetzten *terminus ad quem* kann kein Streit weiter sein. — Ueber das Verhältniss des Wiederkaufs zum kommissorischen Vertrag s. Warnkönig im Arch. Bd. 34. S. 378 ff.

234 S. Anm. 226.

235 Fr. 6—8. *de In diem addict.* c. 3. *de Jure emphyteut.* Nur diese Stellen und die zu den nachher im Text Nr. 1,—4, und folgenden Sätzen citirten handeln von einem solchen Verhältniss, welches wir unter Vorkauf begreifen, andere, namentlich zu der Begründung dieses Rechts durch Vertrag gewöhnlich genannte Stellen, wie fr. 75. *de Contrah. emt.* fr. 21. §. 5. *de A. E.* fr. 122. §. 3. *de V. O.*, handeln genau betrachtet nicht davon, sondern von dem *pactum ut nulli alii quam mihi venderes.* In der That will denn auch demgemäs Glück a. a. O. S. 160. 45 das Wesen des bedungenen Vorkaufs nur so auffassen und verstanden wissen, während dieser Begriff auf jenen Fall gar nicht angewendet werden kann, ohne ihm Gewalt anzuthun. Unbedenklich aber darf die rechtliche Möglichkeit seiner Begründung im gewöhnlichen Sinn durch Vertrag wie durch letztwillige Verfügung angenommen werden, und es müssen dann natürlich hier dieselben Regeln wie dort für seine Ausübung gelten, und da die Begründung des Vorkaufsrechts durch Vertrag sogar die gewöhnlichste ist, so muss diese in der Darstellung des Texts auch vorangestellt werden. Glück's Ansicht findet darin ihren Grund, dass er a. a. O. S. 156 ff. den Begriff des Näherrechts mit dem des Vorkaufs identifizirt. Zwar weist er selbst diesem letzteren „im eigentlichen Sinn," dem *jus retractus*, darauf sein deutschrechtliches Gebiet an, während er „das *jus protimiseos* wieder im eigentlichen Sinn" als Einstandsrecht, und wenn es auf das Recht abgesehen sei, bei Schliessung des Kaufs vor Anderen den Vorzug zu verlangen, als Vorkaufsrecht bezeichnet. Diese Vermengung und Zusammenstellung aber kann nur zu Verwirrungen führen; Glück wird wirklich dadurch zum Hereinziehen der ganzen deutschrechtlichen Retraktslehre veranlasst, die doch mit dem Vorkauf gar keinen Vergleich leidet, und so ist denn seine Darstellung dieser ganzen Lehre ganz ungeniessbar und für die Anwendung wahrhaft gefährlich geworden. Der Be-

begründet werden, sondern auch aus einem Testament seinen Ursprung nehmen [236]; folgenden Personen steht es, abgesehen hiervon, schon nach gesetzlicher Vorschrift zu: 1) dem Fiskus beim Verkauf aus Privatbergwerken [237]; 2) dem Dominus beim Verkauf eines emphyteutischen Grundstücks, s. §. 55. bei Anm. 21.; 3) dem ersten Käufer bei geschehenem besseren Gebot, wenn ihm unter dem Vorbehalt des Rücktritts vom Handel für diesen Fall der Gegenstand verkauft wurde, er aber in jenes einzutreten bereit ist, s. §. 101. Nr. I. 2, z. A.; 4) bei Versteigerungen im Konkurs haben die Gläubiger und unter diesen derjenige, welcher das Meiste zu fordern hat, vor den anderen, und nach ihnen die Blutsverwandten des Gemeinschuldners den Vorkauf vor dritten Personen [238]. — Um dieses Recht geltend machen zu können, ist einmal vorausgesetzt, dass der Eigenthümer der Sache sie einem Dritten zu verkaufen beabsichtige; ohne diese Gelegenheit also kann von der Möglichkeit dazu nicht die Rede sein; sodann muss der Berechtigte bereit sein, in dieselben Bedingungen einzutreten, welche der Dritte geboten hat [239]. Der Verpflichtete hat, im Fall ihm von Seiten eines Dritten solche Anerbietungen gemacht werden, auf welche er einzugehen entschlossen ist, dem Berechtigten Anzeige davon zu machen. Verkauft und überträgt er den Gegenstand, ohne hierauf Rücksicht zu nehmen, so ist dieser Handel allerdings nicht ungültig, und die Uebereignung nicht wirkungslos, er aber dem Berechtigten auf das Interesse verantwortlich. Lehnt der letztere es aber ab, auf die von dem Dritten gebotenen Bedingungen einzugehen, so erlischt sein Recht.

Ein gleiches Vorrecht kann vertragsweise oder letztwillig bezüglich des Abschlusses anderer Verträge, z. B. der Vermiethung einer Sache, begründet werden; es gelten dann analog dieselben Grundsätze [240].

griff des Näherrechts, jener Lehre eigenthümlich, ist auch in der Anwendung eines Vorzugsrechts auf andere Verträge, als den Kauf, recht wohl zu entbehren, denn es bedarf eines anderen, als des allgemeinen, des Vorrechts, gar nicht; s. Anm. 240. — Ohne Einfluss übrigens muss es sein, ob der Verkauf öffentlich, also meistbietend, oder privatim aus freier Hand geschieht. Ich sehe auch keinen Grund, warum es nicht selbst bei nothwendigen Subhastationen (was theilweise bestritten ist, s. bei dems. S. 158.) soll ausgeübt werden können, da ja eine solche auch bei dem nachher im Text unter Nr. 4, gedachten gesetzlichen Vorrecht dieser Art vorausgesetzt ist.

236 S. vor. Anm., was vom Vertrag gilt, muss auch vom Testament gelten. Vergl. übrigens hier Glück a. a. O. und Unterholzner a. a. O. S. 227. und 169 ff., nur dass ersterer überall das Näherrecht vor Augen hat.

237 C. 1. *de Metallor.*, es ist freilich die Frage, ob diese Vorschrift noch als praktisch zu betrachten sei, indessen scheint sie von den bei Glück a. a. O. S. 177. gen. Schriftstellern über das Bergrecht allerdings dafür gehalten worden zu sein.

238 Fr. 16. *de Reb. auctor. jud. poss.* fr. 60. *de Pactis* und dazu die Anm. im deutsch. Corp. Jur. (2. Aufl.). Ausser diesen Fällen finden sich bei älteren Schriftstellern noch einige aufgezählt, für welche sich kein Grund entdecken lässt, vergl. dens. s. 177.

239 S. bes. c. 3. *de Jure emphyt.* (*v. Etsi quidem etc.*) *coll.* c. 4. *de Locat. praed. civ.*

240 Ein gesetzliches aber antiquirtes Vorrecht der Art kommt in c. 4. *de Locat. praed. civit.* vor. Vergl. überh. Glück a. a. O. S. 158. Die Reihe der Verträge, bei denen sich ein Vorrecht der Art denken lässt, ist nicht lang; das Weitere darüber bleibt den konkreten Fällen und namentlich den vertragsmässigen Bestimmungen überlassen. Bedenklich ist es besonders beim Tausch, jedoch ist auch hierbei das Vorrecht als möglich zu denken, in sofern die einzutauschende Leistung von objektiv gleichem Inhalt ist.

§. 117.

Dem Kauf verwandte Geschäfte; der Trödelkontrakt.

Es giebt mehrere entweder auf wirklicher Uebereinkunft beruhende Geschäfte, oder, wenn zwar durch einseitige Willkühr herbeigeführte, so doch in der That wirklichen Geschäften ähnliche Ereignisse, welche dem Kauf darin verwandt sind, dass durch sie, wie durch ihn, die Sache des Einen auf den Anderen gegen eine Vergütung in Gelde, oder gegen Erlass einer Forderung übergeht. Von diesen sind die meisten anderen Lehren zu überweisen und auch bereits in anderer Verbindung vorgekommen, so: der Zuschlag des Eigenthums am Pfand für den Pfandgläubiger, s. §. 77. Nr. III., die Erlegung des Werths einer dem Anderen gehörigen Sache, für welche man in der Art einzustehen hat, dass man sie in Natur hätte zurückgeben sollen, s. §. 52. Anm. 32. und §. 116. Anm. 214. Nr. 1,, die Hingabe von Sachen an Zahlungsstatt, s. §. 90. Nr. II.; ferner, die Ueberlassung von Sachen, welche eigentlich in Natur zurückgegeben werden sollen, unter Festsetzung eines Werthanschlags, welcher, wenn das künftig nicht geschehen sollte, als Maasstab der schuldigen Leistung dienen soll, sei es Behufs der Nachzahlung in Gelde, wenn die zurückzugebende Sache verschlechtert worden, oder um die ganze Sache dadurch zu vergüten. Diese Maasregel kann, um künftigen Zweifeln und Streitigkeiten vorzubeugen, bei mannigfaltigen Geschäften und mancherlei näheren Beabredungen vorkommen; die Erlegung der ganzen Summe hat dann ebenfalls den Uebergang der fraglichen Sachen, wenn sie sonst noch existiren, zur Folge [1]; ja sie kann auch ursprünglich einen wirklichen Kauf in sich begreifen, der indessen dann weniger an sich als Zweck, wie als Mittel eines anderen Geschäftszwecks erscheint [2]. In Fällen dieser Art kommt zuvörderst Alles auf die konkrete Beabredung an, demnächst das Weitere auf die Natur des Geschäfts, womit sie in Verbindung gesetzt ist; da, wo sie selbst von Anfang an einen wirklichen Kauf begreift, gelangen natürlich auch dessen Grundsätze zur Anwendung, und darunter im Besonderen die wichtigen Ansprüche wegen Fehler und Mängel und wegen Entwährung der Sachen. Das Weitere hierüber bei den Verträgen, bei welchen die Hauptanwendungen dieser Beabredungen vorkommen.

Einer näheren Erörterung bedarf der Fall, wenn Einer dem Anderen eine, als beweglich zu denkende, Sache mit der Bestimmung übergiebt, ihren Verkauf zu versuchen, und entweder ihm einen festgesetzten Preis dafür, oder sie selbst in Natur zurückzubringen [3]. Dieses Verhältniss kann verschiedene Gestalten anneh-

[1] Hierher gehören z. B. fr. 5. §. 3. *Commodati*, s. §. 111. Anm. [17], ferner die *aestimatio taxationis caussa* bei Bestellung der *dos*, fr. 69. §. 7. *de J. D.* (*summa declaratur, non venditio contrahitur.*). S. Anm. [3].

[2] S. z. B. fr. 3. *Locati*, und die *aestim. venditionis caussa* bei Bestellung einer *dos*, fr. 16. *de J. D.* s. aber noch folg. §. Anm. [15], und wegen der Anwendung der Taxe bes. das. Nr. 2,.

[3] Nach fr. 1. pr. *de Aestimatoria* war es zweifelhaft, zu welcher Gattung von Kontrakten Verhältnisse der Art: *cum res aestimata alicui vendenda datur, ut aut eandem mihi adferat, aut pretium ejusdem,* zu rechnen seien; da nun hierbei vorzugsweise der praktische Gesichtspunkt interessirte, welche Klage (*utrum ex vendito, an ex locato, vel conducto, vel mandato*) daraus anzustellen sei, so wurde eine *aestimatoria praescriptis verbis actio* (oder *in factum*) anerkannt, und ein solches Geschäft selbst als *civile, quare omnia et hic locum habent, quae in b. f. negotiis.* Mit der Beurtheilung der einzelnen Verhältnisse ist man hiernach, und wenn man noch fr. 13. pr. *de Praescriptis verb.* hinzunimmt, im Allgemeinen ganz an die Umstände des Einzelfalls gewiesen. Ist nun aber unter diesen Verhältnissen eins so bestimmt kenntlich und ausgebildet, dass es als ein besonderes vor den

men, so das des Mandats oder der Dienstmiethe, oder des Gesellschaftskontrakts; ist das der Fall, so erscheint jener Zweck als Inhalt dieser. Es ist aber auch eine besondere Form, die des Trödelkontrakts, dafür üblich, welche folgendes Eigen-

anderen hervortrat? Sowie der Trödelkontrakt, oder der sog. ästimatorische, gewöhnlich dargestellt wird, wäre das allerdings der Fall, wiewohl man über seine wesentlichen Eigenthümlichkeiten keineswegs einig ist, wie ein Vergleich der gangbaren Pandektenlehrbücher und Glück's, Bd. XVIII. §. 1065. ergeben wird, welche sich von den älteren Darstellungen nicht wesentlich unterscheiden. Uneinig ist man namentlich über zwei Punkte: erstens, ob der Empfänger der Sache, der Trödler, Eigenthümer derselben werde, — was jetzt die meisten mit Glück S. 67 ff. verneinen, (s. bei dies. die ältere Lit.), nur Puchta §. 313. nimmt an, dass das Eigenthum übergehe, in sofern der Trödler die Gefahr trage. Zweitens, ob er die Gefahr trage? Hierüber waltet in Folge der wirklich oder scheinbar sich widersprechenden fr. 1. §. 1. *de Aestimatoria*, und fr. 5. §. 3. *Commodati*, einerseits, und des fr. 17. §. 1. *de Praescript. verbis*, wozu noch fr. 11. pr. *de R. C.* (vergl. §. 108. Anm. [8]) und *Paul. S. R.* Lib. II. tit. 4. §. 4. zu fügen ist, andererseits, seit den Glossatoren, welche eine Menge von Vorschlägen der Lösung machen, mannigfaltige Abweichung der Meinungen ob. Zwar herrscht darin Uebereinstimmung, dass die beiden ersten Stellen in irgend einer Weise durch die letzteren modifizirt seien, s. von den älteren (ausser der Glosse) z. B. *Cujac. Op.* T. VII. p. 853. in f. *Ulr. Huberi Prael. ad h. t. Pand.* (19, 3.), ferner Glück a. a. O. S. 70 ff., dessen exegetische Auffassung der beiden ersteren Stellen freilich sehr verfehlt und willkührlich ist, — allein während die meisten der Ansicht sind, der Trödler trage die Gefahr dann, wenn er die Veranlassung zur Eingehung des Vertrags gegeben habe, s. z. B. Göschen Vorles. Bd. III. §. 492. Mühlenbruch §. 430., fügen einige auch noch hinzu: „oder wenn er einen bestimmten Werth der Sache zu bringen versprochen habe;" s. z. B. Thibaut §. 896. (7. Ausg.) Wening §. 192. (193.). Puchta dagegen hat sich §. 313. dahin erklärt, „sei der eigentliche Trödelvertrag eingegangen, wobei der Empfänger sich verpflichte, die Sache oder die Aestimation zurückzubringen, so trage er die Gefahr des Zufalls, und dies sei anzunehmen, wenn der Anstoss zu dem Geschäft von ihm ausgegangen sei." (Diesen Zusatz hat die frühere Ausgabe nicht.) Unterholzner endlich (Schuldverh. Bd. II. S. 304.) spricht sich so schwankend über die Sache aus, dass sich gar nicht sagen lässt, ob er der gemeinen Meinung beitrete, oder nicht. — Einig ist man darüber, dass der Trödler entweder den Preis zu zahlen, oder die Sache zurückzugeben habe; dass er sie also auch für sich behalten könne, und mithin einen Mehrerlös profitire, ohne davon dem Eigenthümer etwas herauszugeben, und dass nach fr. 2. *de Aestim.* auch eine *merces* bewilligt werden kann. — Es erhellt hieraus, dass mit den angegebenen, in Meinungsverschiedenheit befangenen, Punkten die Eigenthümlichkeit des Trödelkontrakts als eines besonderen in der That selbst in Frage gestellt ist; denn das Profitiren des Mehrerlöses, welches auch nur auf dem Schluss *e contrario* beruht, dass es heisst, es solle nur *aut res ipsa (incorrupta) aut aestimatio, de qua convenit*, zurückgegeben werden, ist wenigstens bei einer *loc. cond. operarum ad rem certo pretio vendendam* doch auch nicht ausgeschlossen? Um daher einen bestimmt charakterisirten Typus von Geschäften für den Trödelkontrakt festhalten zu können, und nicht völlig sich an den Inhalt der konkreten Geschäfte gewiesen zu finden, muss man sich vor Allem über die in Kontroverse befangenen Punkte klar worden. Dass nun das Eigenthum übergehe, davon kann ich mich nicht überzeugen; das findet sich nach m. E. bei Glück a. a. O. S. 67. genügend widerlegt; welches wäre denn auch die *caussa* dieses Geschäfts, und worin bestände seine Gegenleistung? In fr. 3. *Locati* finde ich nichts weniger als einen Beweisgrund dafür. Dieses Kriterium also wäre aufzugeben. Anders dagegen verhält es sich mit der Gefahr. Allein die Frage von dieser hat wegen der Vereinigung der gedachten Stellen ihre grosse Schwierigkeit, und es wird sich nicht in Abrede stellen lassen, dass jeder Versuch einer Anknüpfung des fr. 17. §. 1. *d.* an fr. 1. §. 1. *d.* (beide von Ulpian) einen Mangel an Befriedigung hinterlässt. Es ist möglich, dass Puchta in Berücksichtigung des letzteren zu der der gemeinen entgegengesetzten Meinung übergegangen ist, allein der obgedachte Zusatz macht daran irre, denn danach scheint er sich wieder derselben mit der Andeutung genähert zu haben, dass

thümliche hat. Der, welcher dem Anderen eine Sache zum Vertrödeln übergiebt, bleibt nichtsdestoweniger deren Eigenthümer, er kann daher jeder Zeit sein Recht geltend machen, so lange der Trödler die Sache nicht verkauft hat. Indessen kann

der eigentliche Trödelvertrag ausschliesslich in jener Form erscheine. Ich bekenne also, dass ich ihn nicht völlig verstehe. Ebensowenig ist Koch's (das Recht der Ford. u. s. w. Bd. III. S. 834. vergl. mit Bd. I. S. 225.) der vorigen am nächsten stehende Anschauung zu billigen. Geht man davon aus, (was jetzt Niemand mehr leugnet, denn die gegentheiligen Versuche waren nur Nothbehelfe,) dass: 1, alle Stellen von wenigstens soweit wesentlich gleichen Verhältnissen sprechen, dass nicht etwa in den widersprechenden Mandat oder *loc. cond.* anzunehmen wäre, — berücksichtigt man 2, dass das fr. 5. §. 3. *Commodati* hier keine Rolle spielen kann, denn es fehlt dabei der Hauptzweck, dass *res vendenda aestimata traditur*, s. Anm. [1], und betrachtet man 3, nun fr. 17. §. 1. *d.* nebst dem ihm offenbar ganz parallelen fr. 11. pr. *de R. C.* und der damit übereinstimmenden Stelle aus *Paul. Sent. receptae* einerseits, und das fr. 1. §. 1. *de Aestim.* andererseits, so lässt sich allerdings wohl der allgemeine Satz, dass der Trödler unbedingt das *periculum* zu tragen habe, den die letzte Stelle mit dürren Worten auszusprechen scheint, unmöglich halten. Es scheint mir hier vielmehr die Nothwendigkeit eingetreten, entweder einen so offenbaren wie unlösbaren Widerspruch zuzugeben, oder einer Verbindung mit den übrigen Stellen Einfluss zu gestatten, wobei die Wahl nicht schwer sein kann. Und diese Verbindung nun mögte von der gemeinen Meinung allerdings richtig aufgefasst sein, dass nämlich der Trödler nur dann die Gefahr trage, wenn er die Veranlassung zur Eingehung des Geschäfts gegeben hat. — Es erhellt also aus dem Bisherigen, dass dasjenige, was sich an Eigenthümlichkeiten für den Trödelkontrakt behaupten lässt, allerdings hinreicht, ihn als einen besonderen, vor Mandat und Dienstmiethe zu gleichem Zweck, zu charakterisiren. Aber auch darüber kann sehr leicht Zweifel entstehen, ob er, oder eins der letzteren Geschäfte abgeschlossen sei, indem allen gar manche äussere Merkmale gemein sind. Daher ist denn eine besondere Kontroverse darüber entstanden, was im Zweifel angenommen werden solle? s. Glück S. 72 ff. Nach m. E. kann vorerst, wenn der Ausdruck Trödel gebraucht worden, der bestimmte Begriff dieses Verhältnisses als beabsichtigt angenommen werden; denn jener ist ebenso gangbar, wie dieser im gemeinen Leben für einen solchen Verkauf gebraucht wird, welchen der Verkäufer zwar für einen Anderen, dennoch aber auf eigene Rechnung besorgt, so dass er dem Käufer gegenüber als eigentlicher Kontrahent erscheint. Sodann ist auch darauf Gewicht zu legen, ob der Trödler aus dieser Beschäftigung ein Gewerbe macht. Uebrigens kann im Zweifel weder für noch wider den Trödel vermuthet werden, sondern es ist dann nichts weiter übrig, als aus den Umständen des konkreten Falls die Natur und die näheren Modalitäten des geschlossenen Geschäfts zu erkennen. — Hierauf beruht die Darstellung im Text, welche dieses Verhältniss noch nach mehreren Gesichtspunkten hin verfolgt, wobei in Ermangelung besonderer Quellenzeugnisse nur die Konsequenzen leitend sind. Dass die Sachen als bewegliche zu denken seien, ist zwar in den Quellen nicht als ausschliesslich gesagt, allein gewiss gemeint, und jetzt wenigstens um so mehr anzunehmen, als die Veräusserung von Grundstücken in Deutschland so besonders regulirt ist, dass sich das Trödlerverhältniss in Anwendung auf sie nicht denken lässt. Uebereinstimmend damit das O.-A.-G. zu Dresden in der sächs. Zeitschrift f. Rechtspflege N. F. Bd. XVII. S. 272 ff. — Endlich bemerke ich noch, dass der sog. Kommissionshandel nichts mit dem Trödel gemein hat, er ist vielmehr mit dem Mandat verwandt, und gehört in das Handelsrecht. S. diesen Art. im Rechtslexikon Bd. II. S. 707 ff. 711. von Wilda. Neuerlich hat ausführlich den *contr. aestim.* behandelt Chambon Beitr. z. Obl.-R. Nr. I. (s. bes. S. 33 ff. 57 ff.) Er führt ihn auf eine *conditionalis venditio* zurück, „worunter jedoch nicht sowohl ein unter einer Bedingung abgeschlossener Kauf verstanden werden soll, als vielmehr ein Rechtsgeschäft, das nach den in ihm liegenden faktischen Voraussetzungen die Natur eines Kaufs erhalten kann, wenn ein gewisses unbestimmtes (?) künftiges Ereigniss eintritt“ (S. 73.). Ich kann die Lehre durch diese Monographie nicht als gefördert betrachten. Vergl. Krit. Bl. civil. Inhalts v. Brinz, Erl. 1852.

dieser unter allen Umständen der Rückgabe durch Zahlung der beliebten Taxsumme ausweichen, also auch die Sache selbst dafür behalten, wonach sie wie durch Kauf auf ihn übergegangen zu betrachten ist. Die Verkaufshandlung des Trödlers gilt daher zwar auch wie dessen eigene, so dass der Käufer nicht durch ihn mit dem Eigenthümer, sondern unmittelbar mit jenem selbst verhandelt hat, dagegen aber muss der Eigenthümer dieselbe so gegen sich gelten lassen, wie wenn er die Sache bereits an den Trödler verkauft gehabt hätte. Damit hängt es ferner zusammen, dass der Trödler, wenn er die Sache um den festgesetzten Preis loswerden könnte und nicht veräussert, dem Eigenthümer nicht verantwortlich wird, und dass andererseits, wenn er mehr dafür löst, dieser Profit ihm verbleibt. Der für seine Mühwaltung ausserdem festgesetzte Lohn ändert an diesem Verhältniss nichts. Uebrigens ist der Trödler nach allgemeinen Grundsätzen zur Verwahrung der Sache verpflichtet, hat er aber die Veranlassung zu dem Verhältniss gegeben, und den Eigenthümer dazu aufgefordert, so hat er auch für den durch Zufall eintretenden Untergang oder die Verschlechterung der Sache einzustehen. — Ist das Verhältniss mit seinen Modalitäten einem gewissen Geschäftstypus nicht mit Sicherheit unterzuordnen, so ist es nach seinen konkreten Bestimmungen zu beurtheilen.

§. 118.

Der Pacht- oder Miethkontrakt.

Dieser Kontrakt steht dem Kaufkontrakt am nächsten, indem vermöge desselben der Gebrauch oder die Benutzung von Sachen und Rechten oder Dienstleistungen auf eine gewisse Zeit, oder endlich auszuführende Arbeiten gegen einen dafür zu entrichtenden Preis versprochen werden[1]. Man unterscheidet hiernach drei Arten dieses Kontrakts, je nach welchen seine näheren Bestimmungen sich besonders gestalten, und welche auch besondere Benennungen veranlassen, nämlich Pacht oder Miethe im engeren Sinn (locatio conductio rerum), von denen die erste

[1] §. 1. *I. de Locatione* fr. 2. pr. *Locati*, (künftig *h. t.* cit.). Ueber das Erforderniss der *merces* (s. Anm. [3]) s. fr. 2. pr. *d.* fr. 52. pr. *de Donat. inter vir.* und fr. 23. *Communi divid.* Ueber das der Zeit bei *loc. rer.* und *operar.* s. u. A. 3. und B. a. bei Anm. [133]. Es giebt keinen gemeinschaftlichen Punkt, in welchem sich die drei Anwendungen der *loc. conductio* koncentriren, so dass sich ein Gesammtbegriff aufstellen liesse. Mit der lateinischen Benennung verhält es sich ähnlich wie mit dem der *emtio venditio*, s. §. 116. Anm. [1]; was für den Einen *locatio* ist, d. h. Austhun, Anlegen, ist für den Anderen *conductio*, d. h. Benutzen, Uebernehmen. Den Gegenständen nach erscheint die *l. c. rerum* als die hauptsächlichste, so dass z. B. *Isidor. Orig.* V. 25. bei der Definition der *l. c.* sie allein berücksichtigt. Die *operis locatio* ist eigentlich eine Unterart der *l. c. operarum*, denn auch in Anwendung auf sie ist der Ausdruck *operas locare* gebräuchlich, s. §. 4. *I. de Locatione*, fr. 22. §. 2. fr. 51. §. 1. *h. t.* fr. 1. pr. *de Aestimatoria* s. noch Anm. [121]. Die Benennungen der Kontrahenten und ihrer Handlungen bei diesem Geschäft sind in den Quellen sehr mannigfaltig. Allgemein für sie ist: *locator* und *conductor*; für den letzteren aber kommt bei der *l. c. rerum* je nach den Umständen vor: *colonus*, (bei fruchttragenden Grundstücken) *inquilinus*, *habitator insularius* (bei Wohnungen) und andere speciellere, wie *publicanus*, *redemtor* beim Pacht öffentlicher Einkünfte; bei der *l. c. operar.* locirt der Dienstpflichtige, bei der *l. c. operis* aber wird *locare* und *conducere* auf beide Kontrahenten bezogen, z. B. vom Bauherrn, *locat opus faciendum*, und vom Bauunternehmer, *locat operas suas*, und so denn umgekehrt auch *conducit opus fac.* und *operas*. *Locator* ist also der, wer eine Sache oder Dienste vermiethet, oder ein *opus* verdingt, *conductor* der, welcher jene miethet oder dieses auszuführen übernimmt. Die im Text enthaltenen Bezeichnungen sind die bei uns gangbaren und feststehenden. Vergl. überhaupt Glück Bd. XVII. §. 1044. und die Anmm.

wieder besonders da gebraucht wird, wo Früchte oder sonstige feste Einkünfte Gegenstand des Kontrakts sind, namentlich also Grundstücke, die nicht blos in Gebäuden und unfruchtbaren Plätzen bestehen, — Dienstmiethe (l. c. operarum), und Verdingung von Arbeiten (l. c. operis); die Nothwendigkeit führt es jedoch mit sich, den beiden ersteren Bezeichnungen soweit Allgemeinheit einzuräumen, als es deren für die Darstellung allgemeiner Beziehungen bedarf. Die Verwandtschaft zwichen Kauf- und Miethkontrakt ist nicht blos eine äussere, namentlich rücksichtlich der Perfektion, welche sich hier wie dort gestaltet [2], sondern theilweise auch eine innere, wie folgende das Wesen des letzteren näher bezeichnende Punkte ergeben.

1. Wie beim Kauf muss auch hier der zu entrichtende Preis, je nach den verschiedenen Arten dieses Kontrakts Pacht- oder Miethzins, oder Miethgeld, oder Lohn genannt, regelmässig in Gelde bestehen [3]. Beim Pacht fruchttragender Grundstücke ist es jedoch zulässig, den Pachtzins auch ganz oder theilweise in Früchten zu bestimmen; wird eine Quote der darauf gewonnenen Früchte ausbedungen, so treten Verpächter und Pächter in ein Gesellschaftsverhältniss, vermöge dessen Vortheil und Nachtheil zwischen ihnen nach dem festgesetzten Verhältniss getheilt werden [4]. Nicht minder können Zwei einander gegenseitig ihre fruchttragenden Grund-

[2] S. die Stellen der vorigen Anm. und fr. 1. 52. *h. t.* und fr. 2. pr. §. 1. *de O. et A.*, wenn fr. 63. in f. *de Aedil. Ed.* dagegen sagt, dass beide *non similiter fiunt*, so ist das vom Inhalt beider Kontrakte zu verstehen, vergl. Glück Komm. Bd. XX. S. 41. Ueber stillschweigenden Abschluss des Miethkontrakts s. dens. Bd. XVII. S. 274., es gilt darüber nichts Eigenthümliches. Im Besonderen ist hierbei noch zu erwähnen, dass auch *in lege locat. comprehendi potest, ut arbitratu domini sive alterius cujuslibet opus approbetur*, jedoch heisst es hiervon *perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset*; fr. 24. pr. 51. §. 1. *h. t.* vergl. §. 33. Anmerk. [65] und [63]. S. noch nachher Anm. [9] a. E.

[3] Fr. 25. §. 6. fr. 51. pr. *h. t.* fr. 5. §. 2. *de Praescr. verb.* fr. 1. §. 9. *Depos.* fr. 1. §. 4. *Mandati. Theoph. Paraphras.* Lib. III. tit. 27. pr. Vergl. Glück Bd. XVII. S. 327 ff. In den Quellen ist der gewöhnliche Ausdruck *merces*, oft aber auch kommt *pretium* vor, nach fr. 2. pr. *Locati* ist jedoch der letztere der *emtio*, der erstere der *locatio* eigenthümlich.

[4] 1, C. 21. *h. t.* 2, fr. 25. §. 6. *h. t.* coll. 18. *ej. tit.* Es ist also zu unterscheiden zwischen dem in einer bestimmten Summe der Früchte festgesetzten Pachtzins (*pars quanta*, daher vielleicht auch c. 8. *eod.* von diesem Fall zu verstehen ist,) und einer Quote derselben. Zwar ist ersteres als Pacht bestritten, oder nur von einer Verwandlung des Pachtgelds verstanden worden, s. die bei Glück a. a. O. S. 331 f. Gen., allein ohne jeden überzeugenden Grund. Uebrigens wird freilich zwar zunächst zu verstehen sein, dass der Pachtzins in solchen Früchten bestehen solle, welche auf dem Grundstück gewonnen worden, indessen mögte darauf etwas Wesentliches nicht ankommen, denn sonst würde man die Voraussetzung aufstellen müssen, dass auch wirklich dergleichen gewonnen werden müssten, wozu ich durchaus keinen Grund sehe; auch ist nach c. 21. *d.* selbst schon die Bereitung eines Produkts (*oleum*) aus den Früchten als Pachtzins erwähnt. Ich glaube daher, dass dieser selbst nicht in gleichartigen Früchten, wie den auf dem Grundstück zu gewinnenden, zu bestehen braucht. S. auch fr. 35. in f. *h. t.* Bei festgesetzter Quote des Ertrags wird der Pächter *colonus partiarius* genannt. (Manche nennen dieses Verhältniss *contractus socidae*, s. Glück S. 492.) Auch dieses Verhältniss ist als Pacht bestritten und ein reiner Gesellschaftskontrakt oder ein unbestimmter darin behauptet worden, so auch wieder von Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 317. ε), allein s. Glück S. 334 ff.; entscheidend ist die Stellung des fr. 25. §. 6. *d.* unter diesem Titel. Vergl. noch §. 121. Anm. [3]. — Der Grund, weshalb für diese Fälle im R. R. Pacht anerkannt wurde, ist ohne Zweifel darin zu suchen, dass dieselben, welche dem Verkehr sehr entsprechen, sonst weit unvollkommener geschützt, mit einem Wort, dass sie keine Konsensualkontrakte gewesen wären. Nicht mit den bisher besprochenen zu verwechseln ist der in fr. 19. §. 3. *Locati* enthaltene Fall, *si quis*

stücke dergestalt verpachten, dass jeder die Früchte des erpachteten an Stelle des Pachtzinses für das verpachtete rechnen und innebehalten soll[5]. Soweit hiernach vermöge des Inhalts der Gegenleistung Pacht nicht angenommen werden kann, würde ein demselben ganz analog zu beurtheilendes Tauschgeschäft (s. §. 115. z. A.) geschlossen sein[6]. — Vom Preis gilt ferner, wie ebenfalls beim Kauf, dass er bestimmt oder bestimmbar[7], und dass er ernstlich gemeint, und nicht blos zum Schein verabredet sei[8]; widrigen Falls kommen hier dieselben Regeln wie dort zur Anwendung. Auch er endlich kann für mehrere Leistungen andererseits in Bausch und Bogen oder theilweise, oder je nach einzelnen Stücken, Maasen und Theilen bestimmt werden[9]. Ein Misverhältniss zwischen dem Miethzins und dem Werth des durch den Miethkontrakt erlangten Rechts oder Vortheils kommt, ausser in Betreff einer darin enthaltenen verbotenen Schenkung, nicht weiter in Betracht[10].

2. Der Pacht- oder Miethkontrakt begreift allerdings an sich und eigentlich nicht wie der Kaufkontrakt eine Veräusserung von Sachen[11], allein beide können 1) dergestalt mit einander in Verbindung gesetzt werden, dass der eine als Anhang und Nebenvertrag zum anderen erscheint, und nach Umständen einer in den anderen übergeht. So, wenn beim Kauf eines Grundstücks ausgemacht wird, dass der

in locatione exceperit, ut frumenti certum modum certo pretio acciperet, dies ist ein Nebenvertrag über die Art der Entrichtung des Preises; vergl. darüber Glück Bd. XVII. S. 337 f.

5 Fr. 35. in f. *h. t.* Hiermit scheint fr. 23. *Comm. div.* nicht ganz übereinzustimmen, indessen ist hier allerdings gar keine eigentliche *merces*, sondern ein Alterniren im Genuss beabredet, und dieses dann als eine eigenthümliche Konvention mit Recht angesehen worden.

6 §. 2. *I. h. t.* fr. 17. §. 3. *de Praescr. verb.*, ebenso in Anwendung auf Dienstleistungen, fr. 5. §. 2. fr. 25. *eod.* fr. 1. §. 9. *Depos.* c. 9. (8.) *de Pactis.* Auf diesen letzteren Fall wird der (sehr entbehrliche) Ausdruck *contr. socidae* am passendsten angewendet; s. Glück a. a. O. S. 492.

7 Fr. 52. pr. *de Donat. inter vir.* (*certa merces*) fr. 51. §. 1. fr. 60. §. 4. fr. 61. §. 1. *h. t.*, es kommt hier dasselbe zur Anwendung, was §. 116. bei und in Anm. 39 und 40 gesagt worden ist; wegen der Ueberlassung derselben an *alienum arbitrium* (d. h. eines bestimmten Dritten) s. fr. 25. pr. *h. t.* und §. 1. *I. h. t.* coll. §. 1. *I. de Emtione*; vergl. §. 83. Anm. 65 ff. und folg. §. Nr. II.

8 Fr. 20. §. 1. *h. t.*, ist es von Anfang an Absicht, dass keine *merces* gezahlt werden soll, so ist das eine Schenkung. Schenkungsweiser Erlass verfallener Pächte ist natürlich unbeschadet dem Pacht möglich, fr. 5. 24. §. 5. *h. t.* Pacht um *nummus unus*, also wenn die *merces* in keiner Weise als Aequivalent des Pachtgegenstands in Anschlag kommen kann, ist ebenfalls Schenkung, fr. 46. *h. t.* fr. 52. *de Donat. inter vir.* fr. 10. §. 2. *de Acquir. possess.* Umstände können hier aber, wie beim Kauf, den Pacht *nummo uno* als Mittel zu anders nicht wohl erreichbaren Zwecken erscheinen lassen, s. fr. 66. *de J. D.* vergl. §. 116. Anm. 42.

9 1, Fr. 35. pr. 36. 58. pr. *h. t.* fr. 1. §. 15. *de Exercitoria*, fr. 10. §. 2. *de Lege Rhodia.* 2, fr. 1. §. 15. *d.* fr. 10. §. 2. *d.* 3, fr. 30. §. 3. fr. 36. 51. §. 1. *h. t.*, im letzteren Fall gelten auch rücksichtlich der Perfektion und also wegen des *periculum* dieselben Grundsätze wie beim Kauf, nämlich, dass der *conductor* es *eatenus* zu tragen hat, *quatenus admensum non est*, während es nur nicht am *locator* gelegen haben darf, *quo minus opus approbetur vel admetiatur* (fr. 36. *d.*). Wenn die Umstände sich danach gestalten, kommen ohne Zweifel die §. 116. bei Anm. 121 ff. und 169 ff. enthaltenen Sätze bei Berechnung des Interesses auch hier analog zur Anwendung.

10 Fr. 22. §. 3. fr. 23. *h. t.*, es kann also eine Schenkung in einem wohlfeilen Pacht geschehen, ohne dass es letzterem Eintrag thut, vorausgesetzt, dass nur die Schenkung nicht ungültig ist, wie unter Ehegatten, s. fr. 52. pr. *de Donat. inter vir.*; wie übrigens in dieser Stelle im *rem vilius locare* eine Schenkung enthalten sein kann, ist ohne Zweifel eine solche nicht minder möglich, wenn in derselben Absicht eine ganz übermässige *merces* gezahlt wird.

11 Fr. 39. *h. t.* fr. 65. *de Contrah. emt.*, wenn dagegen in fr. 55. *de O. et A.* die *conductio* unter den Ereignissen, *quae dominium transferunt*, aufgezählt wird, so kann das nur von solchen, wie namentlich den nachher unter Nr. 4, und 5, folgenden Ausnahmefällen verstanden werden.

Käufer dasselbe bis zur Zahlung des ganzen Kaufpreises gegen einen bestimmten Pachtzins als Pächter übernehmen [12], oder wenn umgekehrt verabredet wird, dass der Verkäufer es in Pacht nehmen solle [13]. Ferner, wenn das Inventarium eines verpachteten Landguts geschätzt mit übergeben wird [14]; in diesem Fall nämlich wird im Zweifel Kauf des Inventars angenommen, der Pächter wird also Eigenthümer, und so trifft ihn auch die Gefahr [15]. Die Gegenleistung dafür seinerseits ist

[12] Fr. 21. 22. pr. *h. t.* Bei erfolgender Zahlung des Kaufpreises wird der Pachtzins nur *pro portione ejus temporis, quo pecunia numerata non esset*, bezahlt; bleibt sie ganz und gar aus, so hat nun blosse *locatio* bestanden.

[13] Fr. 21. §. 4. *de A. E.*, wenn diese Stelle die *a. emti* statuirt, so ist das natürlich von der Klage auf Erfüllung dieser Beabredung gegen den Verkäufer zu verstehen; sie hat namentlich zunächst Bezug auf den Formularprozess.

[14] Fr. 3. 54. §. 2. *h. t.*

[15] Die folgenden Sätze des Textes sind Konsequenzen aus dem Wesen eines solchen Geschäfts (vergl. vor. §. Anm. [2]), wobei die in fr. 3. *d.* selbst geschehene Hinweisung auf die Parallele mit dem *aestimatum in dotem datum* nach c. 5. 10. *de J. D.* und fr. 10. §. 4. 5. und fr. 69. §. 8. *ej. tit.* eine sichere Anleitung gewährt. Es kommen dabei folgende weitere Punkte in Betracht: 1, es geht hier nicht blos das *periculum* vertragsweise auf den Pächter über, sondern er trägt es vermöge des durch den Kauf erworbenen Eigenthums; dies folgt aus der Anerkennung eines hier vorhandenen Kaufs, aus dessen Vergleich mit der *dos aestimata*, und dem in dieser anerkannten Eigenthumsübergang; s. die sämmtl. cit. Stellen; vergl. auch W. Sell im Archiv Bd. XIX. S. 306 f. 2, Nach fr. 3. *d.* ist in Fällen dieser Art im Zweifel allemal Kauf anzunehmen, und zwar ist kein Grund vorhanden, demselben irgend etwas Besonderes oder Eigenthümliches beizulegen; mithin hat der Pächter nur den Kaufpreis zu erlegen, und nicht alternativ (etwa in der Regel zuerst) die empfangenen Stücke selbst, oder für die abgenutzten oder verlorenen Stücke andere zu substituiren, oder deren Taxe zu zahlen. (S. wieder die cit. Stellen.) Die Frage, wann dieser Preis zu erlegen sei, ist mit Sicherheit im Allgemeinen nicht zu beantworten; der Vergleich mit den *rebus dotal. aestimatis*, für welche die Schätzung erst nach Trennung der Ehe zu erlegen ist, mögte hier darum nicht maasgebend sein, weil diese doch einen im Interesse der Ehegatten gemeinschaftlichen Zweck haben, auch zwischen Eheleuten später meist erst noch besondere Regulirungen ihres Verhältnisses darüber eintreten, während der Pächter, wie jeder andere Käufer, *rem (instrumentum)* und *pretium* zugleich nutzen würde. Ist also nichts Näheres ausgemacht, so weiss ich nicht, mit welchem Recht man die Zahlung verschieben will. Es kann nun aber 3, der Kauf des Inventarii dadurch sehr bedeutend modifizirt werden, wenn ausgemacht wird, dass der Pächter entweder die dazu gehörigen Gegenstände, oder andere an Stelle der abgenutzten und verbrauchten oder verlorenen, also ein Inventarium von gleichem Werth, oder die ursprünglich dafür festgesetzte *aestimatio* erlegen solle. Auch hier würde immer noch ein Kauf des Invent. bestehen, allein mit der Eigenthümlichkeit, dass der Pächter bezüglich der Erlegung des Kaufpreises in einer alternativen Obligation steht, nämlich entweder diesen baar zu zahlen, oder in den alten, resp. neuen Inventarienstücken zu gleichem Werth. Die Zahlung des Kaufpreises ist also hier als bis zur Auflösung des Pachts verschoben zu betrachten. 4, Es ist ferner möglich, dass der Pächter verpflichtet wird, nach Endigung des Pachts ein Inventarium von gleichem Werth, wie das geschätzt übergebene, zur Fortstellung der Gutswirthschaft zurückzugeben. Auch hierdurch würde ein wirklich geschehener Kauf des Inventars nicht umgestaltet werden; vom vorigen Fall aber scheint mir dieser doch darin verschieden, dass der Käufer des Inventars sogleich zahlen muss, denn seine Verpflichtung rücksichtlich des Kaufs ist keine alternative, sondern eine einfache, zu der noch eine andere selbstständige hinzukommt. Ich kann daher in diesem Punkt der Sell'schen Ansicht a. a. O. (S. 314.), dass hier (künftig) ebenfalls anstatt baaren Gelds nur Sachen an Zahlungsstatt gegeben würden, (c. 9. *de Rescind. vend.*) nicht beitreten, sondern schliesse hier so, dass, wenn überhaupt *vendit. caussa* ästimirt übergeben worden, der Pächter mit der bevorstehenden Leistung bei Abgabe der Pacht nicht die aus dem Kauf des Inventars ihm obliegende, sondern dass er damit eine dritte Obl. erfüllt. Zugegeben nämlich, dass fr. 18. *de J. D.* und fr. 66.

zunächst nach den darüber getroffenen Beabredungen zu bemessen; fehlt es daran, so treten die einfachen Folgen des Kaufs ein. Häufig aber nimmt die Verpflichtung des Pächters als Käufers durch Uebereinkunft einen alternativen Charakter an, nämlich, anstatt der Schätzungssumme die empfangenen Inventarienstücke selbst, und zwar, wenn sie durch Verschlechterung unter die frühere Taxe herabgesunken, unter Statt findender Ausgleichung in Gelde, oder anstatt der untergegangenen andere von gleichem Werth und Beschaffenheit zurückgeben zu dürfen; in diesem Fall würde natürlich die eventuelle Zahlung des Kaufpreises bis zur Endigung der Pacht ausgesetzt sein. Ja es pflegt sogar in der Regel dem Pächter die dereinstige Zurückgabe des Inventars in dieser Weise zur ausschliesslichen Obliegenheit gemacht zu sein; dann besteht rücksichtlich des empfangenen einfacher Kauf mit sofortiger

§. 3. *Soluto matrim.* hier analog maasgebend sind, so steht dem *tantidem aestimata reddere* im Vergleich zu den empfangenen Dotalgegenständen, in unserem Fall, wo ein Kauf als geschehen vorausgesetzt wird, künftig ein *tantidem aestimatum* (*retro*) *vendere* gleich. — 5, Bis hierher haben wir uns auf rein römischem Boden befunden. Berücksichtigt man die bei uns in Betreff der Gutspachtungen mit übergebenem Inventarium üblichen Verhältnisse, so ist reiner Kauf des letzteren, also mit sofortiger Zahlung, dabei ebenso gewöhnlich, als die Voraussetzung, dass bei der Abgabe des Guts wiederum ein solches Inventarium zurückgegeben werden solle. Wie nun, in Ermangelung anderweiter Verständigung, beim ersten Kauf der Preis durch konventionelle Schätzung Sachverständiger festgestellt zu werden pflegt, so auch bei der Abgabe und dem Rückverkauf. Dass sich eine solche Verpflichtung von selbst verstehe, wird sich freilich so wenig behaupten lassen, wie, dass der Verpächter dagegen ebenfalls gehalten sei, das auf dem Gut befindliche Inventarium zu übernehmen. Wohl kaum jemals dürfte es jedoch an Verabredungen darüber fehlen. Ist das aber der Fall, so können die römischen Grundsätze im Allgemeinen als maasgebend keinem Zweifel unterliegen. Denn der auch auf solche Verhältnisse angewendete Begriff des deutschrechtlichen sog. *contractus socidae* begreift eben schon eine Bevorwortung der Art, dass der Pächter eines Landguts, dem zugleich die Heerde überlassen wird, ebensoviel Vieh zurücklassen solle, als das ihm übergebene Viehinventar betrug, (daher Eisernvieh) vergl. Glück a. a. O. S. 491., bei diesem auch die ältere Lit. Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 293. 3. Uebrigens hat die Lehre von den Gutsverpachtungen eine besondere Lit. aufzuweisen, s. Richter *de aestimat. instrumenti etc.* Hennig, prakt. Bemerk. über Pachtkontrakte, Lpzg. 1805. Glück a. a. O. §. 1059. und die dort Gen. Indessen ist meist das, was hier als praktisches heutiges Recht auf den Grund von Herkommen und Gerichtsbrauch gelehrt wird, mit Vorsicht anzuwenden, da sich dergleichen immer nur sehr partikular zu gestalten pflegt. In diesem Gebiet sind dann eine nicht geringe Zahl von Streitfragen und besonderen Ansichten entstanden. Ich muss für alle erklären, dass, soweit es sich hierbei um das gemeine Recht fragt, ich die vorstehenden römischen Grundsätze allein für leitend anerkennen kann, und dass, soweit es sich um Auslegung gebrauchter Ausdrücke in Verträgen handelt, auch nur die allgemeinen Regeln dafür zur Anwendung kommen können. Von diesem Standpunkt aus muss ich namentlich z. B. die Entscheidung bei *Hommel*, *Rhapsod. Qu.* Vol. III. Nr. 432. für falsch erklären, und folgender bei Glück vorkommender Irrungen noch gedenken. Mit welchem Recht nämlich dieser (S. 492 f.) und eine Anzahl älterer dort gen. Juristen behaupten, dass heutzutage das Gegentheil von Nr. 2, also im Zweifel nur *aestimatio taxationis caussa* (s. vor. §. Anm. [1]) anzunehmen sei, begreife ich nicht; s. auch W. Sell a. a. O. 308 f. Wenn ferner Glück mit Anderen (S. 488 ff.), möge *vendit.* oder *taxat. caussa* ein Inventar ästimirt sein, annimmt, dass dieses, wenn es zur Rückgabe komme, bei Endigung des Pachts ebenso wie bei dessen Antritt taxirt, dabei jedoch, weil der Preis gleicher Sachen inzwischen durch die Zeitumstände verändert sein könne, beide Taxen vor der Vergleichung erst nach dem Verhältniss der inzwischen gestiegenen oder gefallenen Preise auf einander reduzirt werden müssten, — gerade wie wenn sich beim Darlehn inzwischen der Werth der empfangenen Münzen verändert habe, — so weiss ich das weder mit dem Begriff des Kaufs, noch mit c. 21. *de J. D.* und den übrigen hierher analog zu beziehenden die *dotis aestimatio taxat. caussa* betreffenden Stellen zu vereinigen. Sind

Verpflichtung zur Zahlung des Preises, und bezüglich der Zurücklassung eines solchen von gleichem Werth und Beschaffenheit ein Vertrag über Abschluss eines künftigen Kaufs, wobei die auf die einzelnen Stücke ausgedehnte Schätzung maassgebend wird, und welcher von gegenseitiger Natur ist. Ist dagegen das Inventarium geschätzt übergeben worden, ohne damit verkauft zu sein, so wird der Pächter nicht Eigenthümer, sondern die Schätzungssumme dient nur bei der künftigen Rückgabe, welche derselbe bei gleicher Güte der einzelnen Stücke leisten soll, zu deren Maasstab, wobei ihm andere an Stelle der verbrauchten zu substituiren unbenommen ist. Ein anderweiter Fall der Verbindung von Kauf und Miethe ist der, wenn Jemand zwar Lust hat, vom Anderen eine Sache zu kaufen, aber noch nicht fest entschlossen ist, sondern ihm deshalb der Gegenstand eine Zeit lang gegen eine tägliche Vergütung zum Probegebrauch überlassen wird [16]; hier schliesst sich dann entweder der Kauf dem Miethsverhältniss an, oder es bewendet bei diesem; doch bleiben beide als verschiedene kenntlich, und es folgt nur der eine dem anderen nach. Wiederum von anderer Art ist der Fall, wenn es vom Eintritt gewisser Umstände abhängig gemacht wird, ob ein gewisses Verhältniss Miethe oder Kauf sein soll; dies kann z. B. so vorkommen, dass Einer von Sachen des Anderen miethweise einen gewagten

Inventarienstücke (in Natur) künftig in gleicher Güte wie die empfangenen zurückzugeben, so kommt zuvörderst, wenn dies geschieht, auf ihren inzwischen gefallenen oder gestiegenen Werth gar nichts an; wird das Interesse dafür bei ausbleibender Leistung gefordert, so ist allerdings, wenn sie nicht taxirt übergeben worden, ihr Werth selbst nach dem dermaligen Preis zu bestimmen; sind sie dagegen ästimirt übergeben worden, welchen anderen Sinn und Zweck soll unter allen Umständen diese Aestimation haben, als dass eben die Aestimationssumme die Stelle des Objekts vertreten solle, wenn dieses gar nicht oder nicht unversehrt geleistet werden würde? Dass eine solche Reduktion der Absicht der Kontrahenten, welche Zurückgabe *in quali et quanto* gewollt, allein entsprechend und sie zu verwirklichen geeignet sei, indem sich sonst einer auf Kosten des anderen unbillig bereichern würde, muss ich bestreiten, vielmehr kann es dieser Ansicht nur für gemäs erachtet werden, dass es eben bei der Taxe sein Bewenden behalte, *ne si species aliqua deminuta fuisset aut perdita*, *alio pretio quam quo taxata fuerat*, *reposceretur* (c. 21. *d.*). Die Berücksichtigung solcher, wie der gedachten Umstände mag der Vorsicht und dem Belieben der Kontrahenten überlassen werden. — Ist nun der Zweck der *aestimatio inventarii* der im vor. §. bei Anm. 1 angegebene, also nur *taxationis causa* geschehen, so ändern sich die Verhältnisse im Vergleich zur *aestim. venditionis causa* also. Wenn Abnutzung oder Verbrauch einzelner (oder aller) Inventarienstücke eintritt, so ist der Pächter, wie ein Niessbraucher, zur Substitution anderer gehalten, deren Eigenthümer er bis zur Zurückgabe an den Verpächter bleibt; dass er hier dem Verpächter, anstatt die zum Inventarium gehörigen Stücke in Natur herauszugeben, die Taxsumme aufnöthigen könne, lässt sich nicht behaupten. Es kann selbst die Forderung eines anderweiten Interesses aus dem augenblicklichen Inventar-Mangel bei Rückgabe der Pachtung begründet werden. Dagegen muss er, sobald der Verpächter auf irgend eine Weise vollständig befriedigt ist, wie durch Vergleich oder Kauf als Eigenthümer der ausrangirten noch bei ihm befindlichen Stücke angesehen werden. Bis zur Rückgabe trifft ihn nur die Gefahr der von ihm substituirten einzelnen Sachen, nicht die des gesammten Inventars. S. Glück a. a. O. S. 490. Unrichtig dagegen, und in Widerspruch mit dem vorher widerlegten Satz wegen Reduktion der Taxsummen dazu, scheint es mir wieder, wenn ders. S. 495. mit Anderen behauptet, „dass es hier einerlei sei, in welchem durch Gebrauch und Alter jetzt verschlechterten Zustand, und ob von geringerem Werth der Pachter die Sachen zurückgebe, er habe nichts dafür zu vergüten, denn er habe dafür den Pachtzins gegeben;“ denn wozu wäre hier die *aestimatio* überhaupt geschehen, und welcher Sinn wäre ihr beizulegen? — Ist endlich, um das noch zu erwähnen, das Inventar bei der Uebergabe gar nicht taxirt worden, so müssen in Betreff desselben nach m. E. dieselben Grundsätze, wie in Betreff der künftigen Rückgabe der Hauptsache selbst gelten.

[16] Fr. 20. §. 1. *de Praescr. verb.*

Gebrauch machen will, und dabei ausgemacht wird, dass diejenigen, welche durch den Gebrauch untergehen oder beschädigt würden, um einen bestimmten Preis gekauft sein sollten[17]. Dies ist in der That ein bedingter Kauf. 2) Der Pacht ist Grundlage des eigenthümlichen, eine Veräusserung in der That umfassenden Verhältnisses der Emphyteusis und der Superficies geworden, s. §. 55. Nr. II. 3) Von selbst ferner versteht sich, dass der Pächter eines fruchttragenden Grundstücks vermöge des Pachtverhältnisses zum Erwerb der Früchte durch deren Trennung berechtigt wird; ebenso der Pächter von Einkünften durch deren Erhebung[18]. 4) Es ist ferner, wenn über die Anfertigung einer Sache aus einem rohen Stoff kontrahirt worden ist, darin ein Kauf als geschehen erklärt, sobald der, welcher die Anfertigung übernommen hat, den Stoff selbst dazu hergiebt[19]. 5) Sodann wird, wenn an einem dem Verdingenden gehörigen Gegenstand eine auszuführende Arbeit verdungen worden, zu welcher der Unternehmer Stoff hergiebt, dem Eigenthümer des Gegenstands hieran das Eigenthum übertragen, so dass z. B., wenn Jemand den Bau eines Hauses auf dem einem Anderen gehörigen Grund und Boden aus eigenem Material übernommen hat, er, ungeachtet hier nur ein Verdingungskontrakt besteht, dennoch auf den letzteren das Eigenthum überträgt[20]. 6) Wenn endlich Jemand fungibele Sachen ohne alle Rücksicht auf die Individualität der Quantität von einem Anderen erhalten hat, so dass er nur zur Zurückgabe solcher von gleicher Art verpflichtet sein soll, also entweder als Stoff, um aus einem solchen von dieser Art Etwas zu verfertigen, oder zum Transport nach einem anderen Ort, so werden damit dem ersteren die Befugnisse eines Eigenthümers eingeräumt, indem damit dem Empfänger die fragliche Masse wie ein Darlehn kreditirt, oder, wenn man will, ein möglicher Austausch derselben beliebt worden ist, ohne dass ihn jedoch in Folge dessen die Gefahr träfe[21].

17 Ein antiquirtes Beispiel der Art kommt bei *Gaius* III. §. 146. vor.

18 1, §. 36. *I. de Rerum divis.* fr. 21. pr. *de Annuis leg.* fr. 6. *de Donation.* 2, fr. 15. *de Publicanis.*

19 Vergl. §. 116. Anm. 34 und s. nachher Anm. 136; nach §. 4. *I. h. t.* wurde von einer Parthei ein solches Geschäft für ein in sofern gemischtes gehalten, dass der Stoff gekauft werde, rücksichtlich der Bearbeitung aber eine *locatio* und *cond.* bestehe; Justinian selbst zog die Ansicht vor, welche reinen Kauf annimmt.

20 Fr. 22. §. 2. *h. t.*, dessen Worte oben wiedergegeben sind, coll. fr. 20. *de Contrah. emt.* Eigentlich erklärt sich wohl hier der Eigenthumsübergang durch die *accessio*, s. fr. 39. pr. *de R. V.*, allein das Eigenthümliche bleibt immer, dass der *conductor operis* sich durch *locatio* zur Uebertragung von Eigenthum in dieser Weise verpflichtet.

21 Fr. 31. *h. t.* fr. 34. *de Auro arg. leg.* Ueber die erste Stelle s. *Cujacius Obs. Lib.* VII. c. 40. Glück Komm. Bd. XV. S. 166. XVII. S. 423 ff. W. Sell im Archiv Bd. XIX. 318 ff. Der letztere erkennt jedoch nicht nur hierin keine Ausnahme, vielmehr nur ein aus *mutuum* und *locatio* gemischtes Geschäft an, sondern hat der Lehre von der sog. *locatio irregularis* oder *anomala* überhaupt eine ganz andere Anschauung abzugewinnen versucht, nämlich dass, wenn bei Gelegenheit der *locatio* eine Eigenthumsübertragung vorkomme, diese immer nur in Folge eines mit dem Miethsvertrag verbundenen besonderen, auf Eigenthumsübertragung berechneten, Kontrakts geschehen könne. Es ist richtig, dass die Doktrin in der Darstellung und methodischen Behandlung und Eintheilung der *loc.* als *regularis* und *irregularis*, wodurch Eigenthum an den gepachteten Sachen erworben werden solle, zu Irrthümern wenigstens Veranlassung zu geben, geeignet gewesen sei, und gewisse Widersprüche enthalte. Es ist daher im Text unter Nr. 2. versucht worden, diese zu vermeiden; dagegen aber heisst es nicht nur für den Fall unter 5, in fr. 22. §. 2. *h. t. proprietatem quidem eorum ad me transfert, et tamen locatio est;* sondern es ist ja doch auch in fr. 31. *h. t.* ausdrücklich gesagt, dass das *unum genus rerum locatarum domini manere*, das *alterum in creditum iri*, (also, *dominium mutare*,) und: *triticum Saufeji factum esse*, — und *ejus generis esse merces*, *quae nautae traderen-*

Mit der Bevorwortung, dass die verschiedenen Arten des Miethkontrakts nicht absolut geschieden, sondern in engster Verbindung gedacht werden dürfen und vorkommen können [22], sind dieselben nun im Einzelnen näher zu erörtern:

A. Pacht oder Miethe von Sachen und Rechten. 1. Gegenstand eines solchen zu werden, sind Sachen aller Art, soweit sie dem Privatrecht unterworfen sind, geeignet [23], ausgenommen solche, welche durch den Gebrauch selbst verzehrt werden, es sei denn, dass deren Gebrauch durch Verzehrung nicht beabsichtigt wird [24]. Dass der Verpächter Eigenthümer derselben sei, ist nicht erforderlich [25], vielmehr gehört es zum Inbegriff mancher anderer Rechte, fremde Sachen zu verpachten und auf diese Weise zu nutzen, s. §. 59. Anm. 23. und §. 77. z. A. [26], und so namentlich des Rechts aus dem Pacht selbst, s. nachher. Dagegen aber ist allerdings der Natur der Sache nach im Allgemeinen nicht möglich, dass Jemand seine eigene Sache von einem Anderen pachte [27], es sei denn, dass diesem gewisse Befugnisse daran zuständen, dann können diese, und so, wenn derselbe deren Besitz und Gebrauch haben sollte, die Sache selbst Gegenstand des Pachts für ihn werden [28]; von der ihm mit einem Anderen gemeinschaftlichen Sache kann er dessen Antheil pachten [29]. Von Rechten können nur solche Gegenstand der besonderen Verpachtung sein, deren Ausübung einen Ertrag oder einen Vortheil gewährt, also nur solche, welche unmittelbaren Bezug auf eine Sache haben, Forderungen können nur cedirt,

tur, *ut continuo ejus fierent.* Es ist also die *locatio cond.* allein, und nicht Mischung zweier Geschäfte, — mit dem *mutuum* — welche hier das Eigenthum überträgt. Auf ähnliche gezwungene Weise von zwei neben einander bestehenden Geschäften erklärt Sell S. 328. fr. 34. pr. *d.*, indem er *quippe quasi* als positiv argumentirend versteht, während nur ein Vergleich damit geschieht. Es ist jedoch in diesen Fällen das auch im Text hervorgehobene Moment nicht zu übersehen, dass bei Kontrahirung des Geschäfts auf irgend eine Weise erklärt worden sein muss, dass nur *in genere* zurückgegeben werden soll; so in dem Beispielsfall des fr. 31. *d.* durch Zusammenschütten des Getreides von Seiten mehrerer Eigenthümer in einem Schiff, und in dem des fr. 34. *d. si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquod corpusculum*, *sed ex alio*, *etc.* Es wäre also irrig, jeder Uebergabe von *rebus fungibil.* zu den angegebenen Zwecken eine solche stillschweigende Absicht unterzuschieben. Etwas Besonderes ist es jedoch hier, dass der Empfänger, ungeachtet er das Eigenthum erwirbt, nur für *culpa* einzustehen hat, (was Sell S. 324. nur übersehen haben kann, denn fr. 31. *h. t.* sagt es ausdrücklich) und das *periculum* den anderen Kontrahenten trifft; der entscheidende Grund ist darin gesetzt, dass hier eine *res* vorliege, *quae utriusque caussa contraheretur*, der Empfänger also erwirbt das Eigenthum nicht nur in eigenem Interesse, sondern wegen des Geschäfts mit dem, von welchem es ihm als übertragen anzusehen ist.

22 So z. B. kann Jemand ein Magazin zur Lagerung von Waaren und sich dazu als Wächter vermiethen, fr. 55. pr. 60. §. 6. 9. *h. t.*, nach der letzteren Stelle kann das u. A. auch stillschweigend beabsichtigt, oder als in der Natur der Sache liegend anzusehen sein; ferner sein Schiff oder Gefährt zum Transport und sich zur Dienstleistung, fr. 3. §. 1. *Nautae.*

23 S. z. B. §. 5. *I. h. t.* fr. 25. §. 1. *h. t.* c. 25. *h. t.*

24 Unbedenklich ist hier die Analogie vom Kommodat statthaft, s. fr. 3. §. 6. *Commodati*, vergl. §. 111. Anm. 2.

25 S. fr. 7. 9. pr. §. 6. fr. 35. in f. *h. t.*

26 Fr. 23. *de Pignorib.* vergl. §. 71. bei und in Anm. 22.

27 Fr. 45. pr. *de R. J.* fr. 15. *Depositi.* c. 20. *h. t.* Ist es dem Pächter unbewusst geschehen, so ist sein *consensus nullus*, *sed ex eventu*, *si victus fuerit* (*adversarius*) *contractus locat. non constitisse magis declaratur*; c. 23. *h. t.* Nach dieser wie nach c. 20. *eod.* vergiebt sich übrigens der Pächter weder durch wissentliche noch durch unwissentliche Pachtung seiner Sachen etwas am Eigenthum derselben. — Erwerb des Eigenthums an gepachteten Sachen endet den Pacht von da an, fr. 9. §. ult. fr. 10. *h. t.*

28 Fr. 29. pr. *Quib. modis usufr. amitt.* fr. 35. §. 1. fr. 37. *de P. A.* fr. 28. 37. *de Acquir. possess.*

29 Fr. 35. §. 1. *h. t.*

oder Gegenstand eines Auftrags werden; auch von jenen aber können Prädialservituten nicht besonders verpachtet werden[30], während sie gleich allen übrigen Gerechtsamen jeder Art, soweit in Ansehung derselben kein Vorbehalt geschieht, mit dem herrschenden Gut allemal stillschweigend von selbst mitverpachtet sind[31]. Die Verpachtung von Rechten beschränkt sich somit in der That auf den Niessbrauch, das Wohnen[32], und ausserdem auf öffentliche Gefälle[33].

2. Das Verhältniss zwischen den Kontrahenten ist hier dem Kauf am ähnlichsten. Es hat nämlich: a) der Verpächter dem Pächter den Genuss und den Gebrauch des verpachteten Gegenstands zu gewähren, und deshalb 1) vor allen Dingen ihm den letzteren in seinem ganzen Umfang[34], sammt allem Zubehör[35] zu übergeben[36]. Juristischer Besitz wird jedoch dadurch nicht übertragen, sondern nur Detention; den ersteren übt der Pächter vielmehr für den Verpächter aus[37]. Kommt er diesen Verpflichtungen nicht zeitig oder gar nicht nach, so muss er, wenn er sich dabei in Schuld befindet, dem Pächter das volle Interesse ersetzen[38], was im ersteren

[30] S. §. 57. 3), Anm. [8] 1.

[31] Eine Verpachtung der Art, und ihrer sind die der grossen Güter jetzt meistentheils, pflegt mit dem Kunstausdruck *admodiatio* bezeichnet zu werden, nach dem französischen: *admodier*. Vergl. c. 7. *X. de Jure patron.* S. auch Glück Bd. XVII. S. 309. 313.

[32] 1, §. 1. in f. *J. de Usu*, fr. 28. *de Usufr.* fr. 29. pr. *Quibus modis ususfr. amitt.* fr. 66. *de J. D.* c. 10. *de Usufr.* 2, C. 13. *ej. tit.*

[33] Fr. 1. §. 1. fr. 9. §. 3. *de Publicanis*, fr. 6. §. 2. *de Decurion.* fr. 16. *de V. S.;* die vorletzte Stelle handelt von städtischen Gefällen, die übrigen von Staatseinnahmen; diese Gegenstände haben sich im Gebiet des deutschen und kanonischen Rechts ausserordentlich vervielfacht. Ueber die Pacht von Rechten vergl. *Kind Quaest.* T. III. c. 9. gegen Aeltere (Leyser, Hommel) die dem Pächter in solchen Fällen Klagen gegen die Verpflichteten geben wollten. — Es entsteht die Frage, ob nicht hier der Unfähigkeit gewisser Personen zu gedenken sei, Pachtungen abzuschliessen? Vergl. Glück Komm. Bd. XVII. §. 1046. Nach m. E. ist dies nicht erforderlich. Es gehören hierher nämlich: 1, fr. 9. §. 3. *de Publicanis*, 2, fr. 6. §. 2. *de Decurion.* fr. 2. §. 1. *de Administrat. rer.* c. 30. *h. t.* 3, c. un. *Quib. ad conduct. praedior.* 4, fr. 50. *h. t.* c. un. *d.* c. 31. 35. *h. t.* 5, Nov. 123. c. 6. alle hierin enthaltenen Verbote für gewisse Personen, Pachtungen abzuschliessen, (Schuldner des Fiskus und von Stadtgemeinden, und Geistliche bezüglich der Pachtung öffentlicher Einkünfte, *palatini*, Decurionen, Kurialen, Soldaten,) gehören dem öffentlichen römischen Recht an, und sind mit diesem für unpraktisch zu erachten. In dieselbe Kategorie stellt Puchta §. 365. [h]) auch das wichtigste Verbot dieser Art, nämlich 6, das nach c. un. *Ne tutor vel curator* für Vormünder und Kuratoren unter gewissen Umständen bestehende Verbot fiskalischer Pachtungen. Dieses ist nur eine einzelne Anwendung eines weiter reichenden Verbots, mit dem Fiskus zu kontrahiren; s. Bd. III. §. 148. Anm. [57]. Vergl. fr. 1. §. 9—12. *de Lege Cornelia de Falsis*, und s. dazu Marezoll in d. Ztschrft. Bd. III. S. 355 ff.

[34] Fr. 15. §. 1. *h. t.* Die *possessio*, deren hier gedacht ist, ist nur eine *naturalis*, d. h. *detentio;* s. §. 42. Anm. [13] a. E.

[35] Fr. 19. §. 2. *h. t.* Diese Stelle enthält namentlich nähere Andeutungen darüber, was nach römischen Begriffen unter gewissen Umständen zum *instrumentum fundi* gehört; diese können nur mit Vorsicht noch als jetzt maasgebend betrachtet werden, nämlich soweit die thatsächlichen Voraussetzungen als gleich, und nicht ländlich-sittliche Gebräuche dabei als von Einfluss zu denken sind. Diese letzteren sind im heutigen Recht vorzugsweise entscheidend, wenn es auf die Auslegung der hierin unbestimmteren Ausdrücke ankommt.

[36] Fr. 60. pr. *h. t.* fr. 24. §. 4. *eod.*

[37] Fr. 9. *de R. V.* fr. 3. §. 12. fr. 30. §. 6. fr. 31. 32. §. 1. *de Acquir. poss.*

[38] Fr 7. 8. 15. §. 8. fr. 28. §. 2. (s. hierzu Glück Bd. XVII. S. 363.) *h. t.* Die beiden ersten Stellen haben als Beispiel den Ersatz der Differenzsumme einer höheren Miethe aus einer Aftervermiethung, die letzte den einer solchen höheren Miethe, die der Miether, um eine ähnliche, wie die gemiethete, aber ihm vorenthaltene Wohnung zu miethen, zu zahlen genöthigt gewesen ist; er darf sich dabei also nicht *in mala fide* befinden.

Fall je nach Umständen auch die Auflösung des Kontrakts, dessen Kündigung dann dem Pächter freisteht, begreifen kann[39]; hat Zufall ihn daran verhindert, wohin namentlich der zufällige Untergang des Gegenstands selbst oder eine wesentliche Umgestaltung desselben gehört, z. B. gänzliche Versandung einer Wiese durch eine Ueberschwemmung, so löst sich das Verhältniss auf[40], so dass er also auch seine Ansprüche an den Pächter verliert[41], es sei denn, dass er demselben einen gleichen und nicht minder geeigneten Gegenstand an Stelle des gepachteten darzubieten vermögte[42]. Eine Verzögerung der Uebergabe von wenigen Tagen kommt dabei, sobald für den Pächter die Sachlage unverrückt bleibt, nicht weiter in Betracht[43]. Was bisher unter der Voraussetzung des Ganzen gesagt worden, gilt verhältnissmässig, wenn nur ein Theil desselben untergegangen oder unbrauchbar geworden[44]. 2) Er muss ferner dem Pächter dafür einstehen, dass ihm der Gegenstand die ganze Pachtzeit über zur ungestörten und ungeschmälerten Benutzung verbleibe[45], und darf namentlich also denselben darin nicht stören[46]. Soweit er dem entgegenhandelt, oder zulässt, dass Dritte den Pächter daran hindern, welche er abzuhalten vermögte, ist der Verpächter demselben zur vollen Schadloshaltung verpflichtet[47]; ist der Gegenstand aber zufällig unbrauchbar geworden, oder zu Grunde oder verloren gegangen[48], oder vermag er dem Dritten keinen rechtlichen Widerstand zu leisten, so kann es nur zu einem Erlass am Pachtgelde oder zu dessen verhältnissmässiger Rückzahlung kommen[49]. Unbequemlichkeiten, Störungen und Hinderungen beim Gebrauch auf kurze Zeit in Folge nöthig gewordener Ausbesserungen an dem auf längere Zeit vermietheten Gegenstand berechtigen jedoch nicht einmal zu einem solchen Abzug[50]. Wenn übrigens die von dem Dritten ausgegangene Handlung für den Verpächter eine Forderung begründet hat, z. B. eine Gewaltthätigkeit an dem verpachteten Gegenstand, so kann der Pächter darauf dringen, dass diese geltend gemacht, und ihm deren Inhalt, soweit er dabei interessirt ist, gezahlt, oder dass ihm selbst die Klage abgetreten werde[51]. Hat aber der Verpächter unbefugterweise eine fremde Sache verpachtet, und der Eigenthümer sie ihm selbst vor oder nach

[39] Fr. 60. pr. *h. t.*

[40] Fr. 25. §. 2. *h. t.* vergl. mit den Stellen der beiden ff. Anmm.

[41] Fr. 15. §. 2. fr. 33. pr. *h. t.* Ist die Pachtsumme schon gezahlt, so muss sie zurückgezahlt werden, fr. 9. §. 4. fr. 19. §. 6. fr. 33. *h. t.* Hiernach also trifft den Verpächter die Gefahr des Zufalls, vergl. darüber W. Sell im Archiv Bd. XX. S. 190 f. 199 f., indessen besteht diese Folge davon nur darin, dass der Pächter von seiner Verpflichtung befreit wird, denn müsste er zahlen, so träfe ihn die Gefahr. S. übrigens nachher b. 1, im Text.

[42] Fr. 60. pr. *h. t.*

[43] Fr. 24. §. 4. (*omniaque colono in integro sunt.*) fr. 60. pr. *h. t.* Hierher gehört namentlich auch der in der ersten Stelle erwähnte Fall, dass ein Pächter, nicht zur Uebernahme der Pacht zugelassen, oder daraus vertrieben, eine andere entrirt hat, und seine Mittel nicht zu beiden ausreichen, wenn der erste Verpächter nachmals auf Erfüllung dringt. Vergl. zu der Stelle Schilling in d. Lpzg. krit. Jahrb. von 1838. S. 267.

[44] Fr. 9. §. 1. in f. fr. 19. §. 6. fr. 24. §. 4. fr. 25. §. 2. fr. 27. pr. fr. 30. §. 1. fr. 33. *h. t.*

[45] Fr. 9. pr. 15. §. 1. 2. in f. fr. 33. *h. t.*

[46] Fr. 24. §. 4. in f. c. 3. 15. *h. t.*

[47] 1. Fr. 15. §. 1. 8. fr. 24. §. 4. in f. fr. 25. §. 2. fr. 33. *h. t.* fr. 1. §. 1. *de Superficieb.* 2, fr. 24. §. 4. in f. fr. 33. *h. t.*

[48] Fr. 9. §. 1. in f. fr. 15. §. 2. (*v. Si qua tamen etc.*) fr. 19. §. 6. fr. 30. §. 1. fr. 33. *h. t.*

[49] Fr. 9. §. 4. fr. 33. (Beschlagnahme von Staatswegen) 34. 35. pr. *h. t.* (einfache Gewalt.)

[50] Fr. 27. pr. 30. pr. *h. t.* s. auch fr. 24. §. 4. *eod.*

[51] Fr. 60. §. 5. *h. t.* fr. 1. §. 1. *de Superfic.* In dem Beispiel der ersten Stelle, *messem sufferre*, hat der *colonus* allein ein Interesse; bei Obstpachtungen kann durch Zerstören der Bäume mit den hängenden Früchten der Verpächter sowohl wie der Pächter ein Interesse haben.

Anfang der Pacht entwunden, so haftet er, ohne dass etwas darauf ankäme, ob er es wissentlich oder unwissentlich gethan, auf das volle Interesse[52], doch kann er diesem Anspruch, vorausgesetzt, dass er in gutem Glauben gewesen, wiederum dadurch entgehen, wenn er dem Pächter einen gleichen und nicht minder geeigneten Gegenstand an Stelle des verpachteten gewährt[53]. Hat der Verpächter nur ein der Zeit nach beschränktes Recht zum Verpachten, z. B. in Folge Niessbrauchs, so kann das unbestimmte Ende desselben der bestimmten Pachtzeit, z. B. eines Landguts, zuvorkommen; hier haftet er deshalb dem Pächter nur dann, wenn er nicht in dieser erklärten Eigenschaft, sondern, wie wenn er Eigenthümer wäre, verpachtet hat[54]. Kannte dieser aber die Verhältnisse, also namentlich auch den völligen Mangel eines Rechts für den Verpächter, so erledigt sich aller Anspruch für ihn gegen letzteren, sobald derselbe den Gegenstand hergeben muss. — Dagegen ist der Verpächter berechtigt, dem Pächter den Pacht vor der Zeit zu kündigen und den Gegenstand desselben zurückzufordern, wenn jener bei längeren als zweijährigen Pachtungen und beabredeter jährlicher Zahlung des Pachtzinses seit zwei Jahren den Pachtzins nicht entrichtet hat[55], oder wenn er ungehörig oder schlecht mit dem Gegenstand umgegangen ist[56], und bei der Miethe einer Wohnung oder eines Gebäudes im Besonderen, wenn er deren zum eigenen, bei Abschluss des Kontrakts noch nicht vorauszusehen gewesenen, Gebrauch nothwendig bedarf[57], oder wenn

[52] Fr. 7. 8. 9. pr. 15. §. 8. *h. t.* Nach fr. 35. pr. *h. t.* pflegt ein Unterschied dazwischen gemacht zu werden, ob der Verpächter eine fremde Sache *in mala* oder in *bona fide* verpachtet hat, s. Glück a. a. O. S. 368 ff., letzterer sei nur zu einem verhältnissmässigen Erlass an der Pacht verpflichtet, die anderen Stellen aber stehen dem bestimmt entgegen, so dass das ohnehin nur aus fr. 35. pr. *d.* abzuleitende *arg. e contrario* hier nicht weiter in Betracht kommen kann, s. Unterholzner a. a. O. S. 333. f.

[53] Fr. 9. pr. *h. t.*

[54] Fr. 9. §. 1. *h. t.;* hat er also als Niessbraucher, Fideikommissinhaber u. s. w. verpachtet, so tritt mit dem Ende seines Rechts auch das des Pachts ein; der Pachtzins verfällt nur verhältnissmässig, und wenn der Pächter in Erwartung und Hoffnung, die ganze Pachtzeit aushalten zu können, gewisse Veranstaltungen getroffen hat, so hat er sich den dadurch entstehenden Nachtheil zuzuschreiben. — Diese Verpflichtung besteht auch für den Ehemann, der z. B. ein zur Mitgift gehöriges Grundstück verpachtet hat, wenn der Pacht in Folge der Trennung der Ehe rückgängig gemacht wird, fr. 25. §. 4. *Soluto matr.*, denn er kann bei Rückgabe der *dos* verlangen, dass die Pacht aufrecht erhalten werde, fr. 1. §. ult. *de Dote prael.* und haftet also, wenn er das nicht bevorwortet hat; vergl. bei und in Anm. 117.

[55] Fr. 54. §. 1. fr. 56. *h. t.* Nov. 120. c. 8., c. 3. *de Locato*; in diesem Fall hilft sogar ein ausdrücklicher (jetzt wohl selten vorkommender) Vertrag nichts, dass der Verpächter den Pächter nicht vor der Zeit aus dem Pacht setzen wolle, denn dieser wird unter der Voraussetzung verstanden, dass die Pachtgelder richtig gezahlt werden. Ueber die Berechnung des *biennii* ist man verschiedener Meinung, s. Glück a. a. O. S. 383 ff.; manche glauben, es müsse jährliche Zahlung ausgemacht sein, bei kürzeren Zahlungsterminen genüge der Rückstand zweier; dies ist den Worten der Stellen zuwider. Andere beziehen die Befugniss strenge auf die Voraussetzungen der konkreten Fälle in den beiden Stellen; dazu ist gar kein Grund vorhanden. Dagegen ist bei genauerer Erwägung des Inhalts dieser Befugniss die im Text angegebene doppelte Voraussetzung nothwendig, um diesen Rechtssatz zur Anwendung zu bringen. Vergl. dens. S. 388., welcher auch lehrt, dass nach kanon. Recht der Miether die Expulsion durch Angebot des Rückstands vor der Erhebung förmlicher Klage abwenden könne. Das fr. 10. §. 1. *de Publicanis* ist wohl für antiquirt zu erachten, da es eigentlich *juris publici* ist.

[56] Fr. 54. §. 1. *h. t.* c. 3. *h. t.* Nov. 120. c. 8., c. 3. *X. de Locato*, vgl. Albert über Remissionsentsagung S. 108.

[57] C. 3. *h. t.* c. 8. *X. de Locato* (*necessitas, quae tamen non imminebat locationis tempore*); man hat diese Bestimmung auch auf andere Gegenstände als Häuser ausdehnen wollen, und na-

eine solche Ausbesserung derselben nöthig wird, dass der Miether keinen Gebrauch davon machen kann [58]. Im ersten dieser Fälle zahlt dann der Pächter das Miethsgeld so lange, als er den Gegenstand innegehabt, im zweiten zwar auch nur, er kann jedoch ausserdem auch noch zu Schadensersatz verpflichtet werden [59], in den beiden letzteren Fällen findet nichts weiter als verhältnissmässiger Erlass am Miethsgelde Statt. In allen diesen Fällen darf übrigens der Vermiether nicht etwa eigenmächtig den Miether austreiben, sondern es bedarf, wenn er sich nicht in Güte fügt, stets richterlicher Hülfe, hätte er sich selbst vertragsweise einer solchen einseitigen Willkühr unterworfen [60]. 3) Der Verpächter hat dem Pächter ferner dafür einzustehen, dass der Gegenstand von der zu dem beabredeten oder vorausgesetzten Gebrauch erforderlichen Beschaffenheit und fehlerlos sei, und zwar zunächst ohne Rücksicht darauf, ob er diese Mangelhaftigkeit gekannt habe oder nicht [61]; fehlt es daran, so ist er dem Pächter zum Ersatz des vollen Interesses verpflichtet, was hier häufig, namentlich wenn der Gebrauch des Gegenstands dadurch sehr erschwert oder vermindert wird, und dem Fehler nicht bald abgeholfen werden kann und wird, wenigstens auf eine völlige Auflösung des Verhältnisses [62], anderen Falls aber, bei nur geschmälerter Brauchbarkeit, nur zu einer Ermässigung des Miethzinses führen kann. Auch hier gilt übrigens der Satz von vorher bei Anm. 50. Sollte der Pächter die Beschaffenheit des Gegenstands hinlänglich gekannt haben, so hat er sich die Folgen allein beizumessen, wenn er ihn demungeachtet gepachtet hat [63]. Es bleiben jedoch auch die Art der Sache und die Umstände überhaupt nicht ohne allen Einfluss, vielmehr kann danach die Frage relevant und ihre Beurtheilung dem richterlichen Ermessen überwiesen werden, ob der Vermiether nicht als entschuldigt erscheint, wenn er die schädliche oder mangelhafte Eigenschaft des Gegenstands nicht kannte, so dass es dann auch nur zu einem Verlust des Miethzinses für ihn vermöge der, das Interesse des Pächters bildenden, Auflösung des Kontrakts kommt [64]. Die fraglichen Eigenschaften und Mängel sind in objektiver Hinsicht ebenso zu

mentlich auf Landgüter, vergl. Glück a. a. O. S. 375 ff.; soviel ist nun wohl sicher, dass, wenn hier eine Ausdehnung geschehen soll, eine Schranke weiter nicht zu ziehen wäre; da jedoch im kanon. R. c. 3. *X. de Locato* in Zusammenhang hiermit ebenfalls nur der Wohnungen gedacht ist, so glaube ich um so mehr bei diesen stehen bleiben zu müssen, als gerade das Bedürfniss der Wohnung von ganz besonderer Art sein kann. S. auch Vangerow a. a. O. S. 425. b). Man streitet aber auch noch darum, ob, wenn die Wohnung gross genug für beide Theile sei, und der Miether den Vermiether bei sich aufnehmen wolle, letzterer sich dies gefallen lassen müsse? Dies ist aber wohl darum zu bejahen, weil der fragliche Rechtssatz nur das Bedürfniss befriedigt wissen will, und dies auf solche Weise geschieht. S. dens. S. 377. und die dort Gen. — Einem von mehreren vermiethenden Miteigenthümern steht dasselbe Recht in Ansehung seines Antheils zu, s. Glück Bd. XVII. S. 579., es wird aber schwer zu realisiren sein.

58 C. 3. *h. t.* fr. 30. pr. 35. pr. *h. t.* die erste Stelle ist in Verbindung mit den beiden letzteren zu verstehen, nicht von willkührlicher Verbesserung. Dieselben Stellen sprechen von dem Abzug der Pachtsumme. Vergl. darüber Buchholtz jur. Abhandl. Nr. XXIV.

59 Vergl. Glück Bd. XVII. S. 381. 3).

60 Vergl. dens. S. 389 ff.

61 Fr. 6. §. 4. *h. t.* (*Quod et in locatis etc.*) fr. 19. §. 1. *h. t.* (erste Hälfte.)

62 Vergl. Glück a. a. O. S. 479 ff. (S. 482. auch: wegen Ungeziefer, Ratten, Wanzen u. s. w. in einer Wohnung und dergl. mehr.) Vangerow a. a. O. S. 426.

63 Fr. 13. §. 6. *de Damno inf.* vergl. fr. 15. §. 5. in f.

64 Fr. 19. §. 1. *h. t.* (zweite Hälfte.) Der in dieser Stelle enthaltene Fall scheint mir keineswegs als isolirt und singulär betrachtet werden zu dürfen, sondern nur ein Beispiel der Anwendung eines Princips zu sein, welches ich so, wie im Text geschehen, auffassen zu müssen glaube. Für das erstere nämlich ist ebensowenig irgend ein Grund vorhanden, als wider das letztere ein solcher denkbar.

beurtheilen, wie beim Kauf; s. §. 116. Nr. IV. B. b). — Zu dieser Verpflichtung des Verpächters gehört endlich, dass der verpachtete Gegenstand sammt allem Zubehör die Pachtzeit über in diesem fehlerfreien und der Bestimmung und der Natur der Sache, oder dem erklärten Zweck der Pachtung entsprechenden brauchbaren Zustand bleibe und ausdauere[65]. Er hat daher alle zur Erhaltung der Sache in diesem Zustand erforderlichen Kosten zu bestreiten. Entgegengesetzten Falls ist der Miether je nach den Umständen, also im Besonderen je nachdem der Vermiether selbst die Veranlassung dazu gegeben, oder nicht, und den aus der Mangelhaftigkeit entstehenden Folgen entweder berechtigt, Erlass am Miethsgelde zu fordern, oder vom Kontrakt zurückzutreten, oder den Ersatz des Interesses, diesen vielleicht noch neben dem Rücktritt, zu verlangen[66]; doch kommt hierbei auch in Betracht, ob er nicht selbst durch Aufmerksamkeit dem entstandenen Schaden oder seiner Vergrösserung hätte vorbeugen können[67]. Hat der Miether selbst den nöthigen Aufwand gemacht, oder Verbesserungen zum Nutzen der Sache vorgenommen, so kann er dafür Ersatz fordern. Was derselbe sonst an dem Gegenstand zu seiner Bequemlichkeit und seinem Vergnügen hat machen lassen, das kann er, wenn nur dadurch kein Schade geschieht, wieder hinwegnehmen[68]. — Es hat ferner 4) der Verpächter alle auf dem verpachteten Gegenstand lastende öffentliche Abgaben und Lasten zu tragen[69], und endlich 5) den Pächter von Gebäuden nach abgelaufener

[65] Fr. 15. §. 1. (*aut villa non reficitur*) fr. 19. §. 2. (*sed et prelum et trapetum vitiatum reficere debere*) fr. 25. §. 2. *h. t.* fr. 13. §. 6. *de Damno inf.*

[66] Diese Steigerung, keinen Widerspruch, ergeben die in Anm. [65] cit. Stellen.

[67] Vergl. §. 86. S. 71. (bei Anm. [20]).

[68] Die hierher gehörigen Stellen sind: fr. 55. §. 1. *h. t.* die Hauptstelle, welche dann fr. 19. §. 4. *h. t.* ergänzt, und fr. 61. pr. *h. t.*, welches aber doch wohl stillschweigende Einwilligung voraussetzt, *verb. et propter earum etc.* Unverkennbar ist die Bestimmung, dass dem Pächter auch ersetzt werden solle, *quod necessario vel utiliter auxerit, vel aedificaverit, vel instituerit*, eine sehr bedenkliche und es sind denn auch viele Streitigkeiten darüber entstanden, s. z. B. *Stryk usus modern. ad h. tit.* §. 37 sq. Manche Neuere, wie Unterholzner a. a. O. S. 336., erfordern daher, ich weiss aber nicht, mit welchem Recht, Einwilligung des Vermiethers. Vielmehr Grund scheint mir *Lauterbach's*, *Coll. th. pract. ad h. t.* §. 97., Bevorwortung für sich zu haben, dass nur solche *impensae necessariae* wie *utiles* zu verstehen seien, *quae bona fide factae sunt*, und *quas locator ipse fecisset aut facere debuisset;* s. auch noch *Stryk l. l.* Man kann dazu fügen, dass hier im Ganzen doch auch wohl nur die Grundsätze der *negot. gestio* maasgebend sein können. Nach m. E. lässt sich die Vorschrift in ihrem vollen Umfang nicht leugnen, und es scheint nichts übrig zu sein, als der Rath für jeden Vermiether, sich in dem Kontrakt gegen Misbrauch gehörig zu verklausuliren.

[69] Fr. 32. §. 6. *de Administr. tut.* c. un. §. 3. *de Via publ.* c. 4. 20. §. 4. *de Agricol.*, die vom Miether verlegten müssen diesem ersetzt werden, s. die zweite Stelle. Während von den Grundabgaben dies ausser Zweifel steht, ist es, wie diese Eigenschaft selbst, rücksichtlich der Einquartierungslasten sehr bestritten, s. Glück a. a. O. S. 395 ff., dort auch die ältere Lit. und Vangerow a. a. O. S. 423. und die bei beiden Gen. Die Neueren unterscheiden zwischen der Einquartierung in Kriegs- und in Friedenszeiten, in den letzteren sind sie eine Reallast, und treffen also den Eigenthümer des Hauses, s. auch fr. 3. §. 14. *de Muner.* (*non personae sed patrimonii onus est*) fr. 11. *de Vacat. et exc.* (*rei cohaerent*) c. 3. *de Muner. patr.* c. 2. *de Metatis.* Im Krieg ist zu unterscheiden zwischen der theilweisen Entbehrung der Wohnung und der Verpflegung der Einquartierten, nur rücksichtlich der ersten ist nach allgemeinen Grundsätzen (Nr. 2, im Text) der Eigenthümer zum Ersatz gehalten, rücksichtlich der letzteren nicht, denn dass der Miether zu diesen Ausgaben komme, desfalls trifft den ersteren keine Schuld. Von den anderweiten Leistungen, welche von den Bewohnern des Kriegsschauplatzes gefordert zu werden pflegen, Lieferungen, Arbeiten u. s. w., gilt das Nämliche; hier trifft der Schaden immer nur die Person, und beziehungsweise den Eigenthümer. Ob Puchta

Pachtzeit, oder schon früher, wenn ein rechtlicher Grund, die Auflösung des Kontrakts zu verlangen, eingetreten ist, sobald er seinen Verbindlichkeiten daraus vollständig Genüge geleistet hat, mit allen seinen eingebrachten Sachen ziehen zu lassen [70].

b) Der Pächter ist 1) vor allen Dingen schuldig, den Pachtzins zur rechten Zeit zu entrichten. Regel ist hier, dass der Miether erst nach gemachtem Gebrauch zu zahlen hat, doch kommen hiervon manche durch Herkommen eingeführte Ausnahmen vor, in denen Vorausbezahlung üblich ist. Bei Miethkontrakten, die einen Gegenstand von grösserem Umfang betreffen, namentlich Grundstücke und Landgüter, pflegt darüber nicht leicht eine nähere Bestimmung zu fehlen. In Ermangelung einer solchen würde es allerdings bei der Regel bleiben, jedoch nur, wenn die Pachtsumme im Ganzen festgesetzt ist, was selten der Fall sein wird; sobald sie nämlich nach gewissen Zeiträumen bestimmt worden, z. B. halbjährig oder jährig, so würde je nach diesen die verfallene Rate zu entrichten sein [71]. Von dieser Verbindlichkeit kann er je nach den Umständen ganz oder theilweise befreit werden, je nachdem ihm der kontraktgemäse Genuss und Gebrauch des Gegenstands gar nicht, oder nicht ungestört und ungeschmälert gewährt wird [72], und er den Umständen nach nicht auf das volle Interesse gegen den Verpächter klagen kann, gegen welches, wenn es dazu käme, das Pachtgeld zuvörderst aufzurechnen sein würde. In Bezug hierauf ist, ausser den vorher unter a. Nr. 1, und 2, gedachten Gründen, bei verpachteten fruchttragenden Grundstücken das Verderben und der Verlust der noch nicht eingeernteten Früchte auf mannigfache Weise ganz oder theilweise möglich, und nach folgenden Gesichtspunkten in näheren Betracht zu ziehen. Ist das gepachtete Grundstück, oder sind verpachtete Fruchtbäume, Reben u. s. w. an sich schlecht und von geringer Ertragsfähigkeit, oder hängt diese sehr oder ganz von Umständen und gewissen Naturereignissen ab, so kommt dies, wenn nicht besondere Zusagen von Seiten des Verpächters geschehen sind, nicht in Anschlag; der Pächter hätte sich danach erkundigen sollen, und so trifft ihn nur die Folge eigener Fahrlässigkeit [73]. Ist die Ursache dazu ein Miswachs, oder ein inneres Verderben der

§. 366. c) hiermit einverstanden sei, oder nicht, ist nicht deutlich zu ersehen. Er meint, die Vorfrage, von der hier Alles abhänge, ob die Einquartierungslast eine Real- oder Personallast sei, sei keine privatrechtliche. Ist sie aber das nicht, so weiss ich nicht, wie man der in Kriegszeiten, sei es des Feinds oder der eigenen Truppen, ohne Gesetz und Reglement überhaupt eine rechtliche Seite abgewinnen will.

[70] C. 11. *h. t.* fr. 19. §. 5. *h. t.* fr. 33. 34. *de Damno inf.* Dies scheint sich eines Theils von selbst zu verstehen, und anderen Theils, soweit es die Person des Miethers betrifft, keiner Erwähnung zu bedürfen, da der Vermiether diesen nicht festhalten darf, ohne ein Verbrechen zu begehen. Indessen enthält die zweite Stelle einen eigenthümlichen Fall, der die ausdrückliche Bestimmung rechtfertigt, nämlich, wenn der Miether so grosse Gegenstände in den gemietheten Raum eingebracht und der Eigenthümer den Eingang so hat verengern lassen, dass jene nicht hindurchgeschafft werden können. Nach R. R. besteht hier für den Miether das besondere *Interd. de migrando*, s. den Titel in den Pand. 43, 32. Dieses war von prozessualischer Bedeutung, und da in dieser Hinsicht auch *extraordinaria cognitio* Statt fand, so war das *Interd.* nach fr. 1. §. 2. *de migrando* sehr ungewöhnlich; heutzutage werden Angelegenheiten und Streitigkeiten dieser Art im summarischen Prozess geleitet, und in sofern findet also etwas ganz Aehnliches, und ein Anschluss an das R. R. Statt, s. Heffter System des Civilprozessrechts S. 485. b. — Hierher gehört auch die Rückgabe der Pachtkaution, die indessen nicht sofort als fällig angesehen werden kann, sondern es muss eine billige Frist gestattet sein, um sich zu vergewissern, dass keine Schädensansprüche begründet seien; s. Heuser's Annalen u. s. w. Jahrg. VI. S. 558 f.

[71] Vergl. Glück Bd. XVII. S. 475 f. und noch unten Anm. [96].

[72] Fr. 9. §. 4. fr. 30. §. 1. *h. t.*

[73] Fr. 15. §. 5. *h. t.* vergl. Sell a. a. O. S. 224 f.

(noch stehenden oder schon gesammelten) Früchte, z. B. der sog. Brand im Getreide, vorausgesetzt jedoch, dass der Ausfall oder dieses Verderben nicht in einer vom Verpächter zu vertretenden fehlerhaften Beschaffenheit der Sache selbst seinen Ursprung findet, welchen Falls die Regeln von a. Nr. 3, vorher zur Anwendung kommen würden, so ist dies auf das Verhältniss der Kontrahenten ebenfalls ohne allen Einfluss[74]. Wird der Verlust oder das Verderben der Früchte hingegen durch

[74] Fr. 15. §. 2. (v. *Si qua tamen etc.*) 5. *h. t.* W. Sell im Archiv Bd. XX. S. 201. rechnet zu den Fällen, wo *remissio mercedis* eintrete, auch den, wenn die Hauptsache ihrer inneren Beschaffenheit wegen gar keine Früchte hervorbringt, und zwar nach fr. 15. §. 4. *h. t.* und c. 3. *X. de Locato.* Dass aber *sterilitas* hier nicht ein völliges Ausbleiben aller Früchte wegen Unfruchtbarkeit des Bodens und dergl. bedeute, dafür sprechen folgende, nach m. E. entscheidende Gründe: der Gegensatz von *sterilitas* in diesem Sinn ist nicht *ubertas*; wenn ferner die innere Beschaffenheit eines Ackers u. s. w. diese Folge in einem Jahr hat, so ist doch mit einiger Wahrscheinlichkeit gar nicht zu erwarten, dass sich diese in den folgenden ändern werde? Dass nach der Voraussetzung beider Stellen gar nichts gewachsen sei, dagegen spricht ferner, dass in der zweiten Stelle ausdrücklich und in der ersten stillschweigend, aber unverkennbar von einer *remissio mercedis pro rata* die Rede ist. Dass endlich selbst von Sell's Standpunkt aus für seinen vorausgesetzten Fall eine *remissio mercedis* Statt finden müsse, (S. 202.) sagt die römische Stelle nicht, sie sagt nur, dass dieselbe geschehen sei, und zwar im Weg einer *transactio* oder *donatio*; die Annahme „eines vorausgesetzten ausgemachten Rechtsgrunds für die *remissio*“ ist daher willkührlich. Fragt man nun, was hier das Wort *sterilitas* eigentlich bedeute, so ist es gewiss am natürlichsten, es in dem Sinn zu nehmen, wie es gerade in dieser Lehre und in dieser Verbindung ganz gewöhnlich ist, nämlich von Vereitelung der Ernte, *lue tempestatis vel alio coeli vitio*, *vel fortuito casu*, s. c. 8. 18. *h. t.* (für welche Sell S. 204. *steril.* in dieser Bedeutung ausdrücklich anerkennt), so dass *vitium coeli* und *sterilitatis vitium* gleichbedeutend sind. Hiernach fällt das fr. 15. §. 4. *h. t.* für Sell's Behauptung weg. In der kanonischen Stelle ist *sterilitas* allerdings sowohl als *casu fortuito contingens*, also ganz im Sinn der römischen Stellen, als *vitio rei*, *sine culpa coloni* vorausgesetzt, allein es ist zuerst nicht der entfernteste Grund zu der Annahme vorhanden, dass das kanon. R. vom R. R. hier habe abweichen und etwas Neues verordnen, vielmehr spricht alles dafür, dass es nur eine Anwendung des letzteren habe machen wollen. Diese verstehe ich aber in der zweiten Beziehung, *vitio rei*, nicht in Widerspruch mit fr. 15. §. 2. *h. t.* *vitia ex ipsa re orta*, sondern von dem Fall, wenn der verpachtete Gegenstand an einer vom Verpächter zu vertretenden fehlerhaften Beschaffenheit leidet, s. im Text a. Nr. 3, z. A. und dann ein Erlass am Pachtgeld der gewöhnliche Inhalt des dem Pächter zu gewährenden Interesses ist. *Cujac. Obs.* Lib. 26. c. 32. in f. will hier *vitio coeli* anstatt *rei* gelesen wissen, aber ohne zu überzeugen. Das Resultat ist also: ein totaler oder theilweiser Miswachs ist, wenn er nicht durch *vis, cui resisti non potest*, entstanden ist, kein Grund zu einem Pachterlass; ist aber der Ausfall an der Ernte durch Fehlerhaftigkeit des Gegenstands, der sie liefern soll, (vorausgesetzt, dass der Verpächter diese zu vertreten hat,) veranlasst worden, z. B. in einer verpachteten Obstplantage ist ein Theil der Bäume nicht veredelt, sondern wild, so hat der Verpächter dem Pächter das Interesse zu ersetzen, und dieses wird wenigstens, aber auch wohl regelmässig, in dem verhältnissmässigen Erlass des Pachtgelds bestehen. — Was nun aber den Inhalt der beiden Stellen fr. 15. §. 2. und 5. *h. t.*, und besonders den der ersten betrifft: *vitia ex ipsa re — veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint*, so ist darunter im Gegensatz zum *vitium coeli* oder *sterilitatis* und *lues tempestatis*, nicht sowohl ein Ursprung in der fruchttragenden, oder tragen sollenden, Sache zu verstehen, denn damit geriethe man ohnehin mit dem Satz bei a. Nr. 3, im Text in Widerspruch, als ein Verderben der Früchte von innen heraus, was in manchen Fällen sicher nicht aus dem Boden kommt (Wurmfrass), in anderen aber doch wohl durch das Hinzukommen gewisser Umstände wahrscheinlich ist, häufig aber unmöglich genügend und mit juristischer Evidenz aufzuklären sein wird. Nur darf man niemals aus den Augen lassen, dass die Gewissheit fehlerhafter Beschaffenheit des Gegenstands, ein Begriff, der freilich auf den Grund und Boden eines ver-

ungewöhnliche unabwendbare Ereignisse oder unwiderstehliche Gewalt der Natur oder der Menschen herbeigeführt, wie durch zerstörende Ueberschwemmung, Frost, Sturm, Hagelschlag, gänzliches Verdorren, Heuschreckenfrass und andere schädliche Thiere, oder durch Feuer, Erdbeben, Erdsturz, oder durch Feindesgewalt u. s. w.[75], so trifft dieser zufällige Schaden den Pächter oder den Verpächter nach folgenden Unterscheidungen und näheren Bestimmungen. Ist der Ausfall im Vergleich zur vollen Ernte von keiner Erheblichkeit, so kommt er für die Zahlung des vollen Pachtgelds nicht weiter in Anschlag[76]. Ist ferner der Pacht auf längere Zeit, also auf mehrere Jahre, abgeschlossen worden, und der Ausfall eines oder einiger Jahre durch reichlichen Ertrag der übrigen aufgewogen, so erledigen sich dadurch ebenfalls weitere Ansprüche[77], und der Verpächter ist, wenn er bereits einen Erlass sogar schenkungsweise bewilligt hatte, nicht mehr an diesen gebunden, sondern kann den vollen Pachtzins noch nachfordern, vorausgesetzt nur, dass er damals jene Ausgleichung nicht kannte; dies wird also namentlich dann zutreffen, wenn die fruchtbaren Jahre einem unfruchtbaren nachfolgen[78]. Soweit aber hierdurch der Ausfall nicht ausgeglichen wird, tritt der Anspruch auf Erlass des Pachtzinses ein, ganz oder theilweise, je nachdem der Pächter gar nichts oder im Vergleich zu einer vollen Ernte nur eine Theilernte gethan hat[79]. — Es ist gewöhnlich, dass bei Pachtkon-

pachteten *fundus* selten Anwendung leiden wird, hier eine feste Grenze zieht, wie dies auch der Text enthält. Die Beispiele des fr. 15. §. 2. *h. t.* beweisen auch, dass das Verderben der Früchte nicht blos als während der Zeit eingetreten zu denken ist, wo sie noch mit dem Boden zusammenhängen, sondern auch als erst nachdem sie eingesammelt worden. (A. M. über die Auslegung der bezüglichen Worte ist *Cujac. l. l.* s. dagegen Sell a. a. O. 215.) Dies hätte zwar für den zweiten Fall keiner ausdrücklichen Erwähnung bedurft, indem aus der Verneinung für den ersten Fall die für den zweiten von selbst folgt, oder sich um so mehr versteht; indessen mag diese ausdrückliche Erwähnung der Vollständigkeit und des inneren Zusammenhangs der wirkenden Ursachen wegen geschehen sein. Vergl. auch Sell a. a. O. S. 209 ff. 216. Wenn dagegen ders. S. 213. glaubt, dass bei den *vitiis quae ex ipsa re oriuntur*, an solche Fälle gedacht sei, in welchen der Schade zwar aus der fehlerhaften Beschaffenheit der Früchte des Grundstücks entstehe, jedoch mit besonderer Rücksicht darauf, dass dem *colonus* wenigstens einige *culpa* zur Last falle, worauf grösseres Gewicht, als auf die *ipsa res* zu legen sei, so ist diese Ansicht den Worten ebenso sehr zuwider, als falsch ausserdem; er ist durch eine unrichtige Auslegung der kanonischen Stelle dazu geführt worden, welche seiner Meinung nach mit den römischen in Widerspruch steht, (was gar nicht der Fall ist, indem *sine culpa coloni* darin nicht kopulativ, sondern als Pleonasmus steht,) in welche letztere er nun das vermeintlich dort Gefundene hineinträgt.

75 S. Anm. 79.

76 Fr. 25. §. 6. *h. t.* (*si plus quam tolerabile est, laesi fuerint fructus.*) Die Frage, welcher Schade für einen beträchtlichen zu halten sei, ist nur nach den konkreten Verhältnissen zu beantworten; dass die *laesio ultra dimid.* hier nicht als Maasstab anzulegen sei, ist von Glück a. a. O. Bd. XVII. S. 464 ff. nachgewiesen worden. S. Anm. 79 Nr. 3.

77 Fr. 15. §. 4. *h. t.* c. 8. *h. t.* c. 3. *X. de Locato.*

78 S. diess. Stellen und folg. Anm. Nr. 2.

79 Fr. 15. §. 2, 3. 7. *h. t.* c. 8. 18. *h. t.* vergl. dazu Sell S. 225 ff. Ueber den obigen Gegenstand und in Zusammenhang damit sind zahlreiche Streitfragen entstanden, und er erfreut sich einer äusserst zahlreichen Literatur. Die neueste fleissige und umsichtige Schrift ist von R. Jacobi über Remission des Pachtzinses, Weim. 1856. Viele dabei zum Vorschein gekommene Ansichten bedürfen keiner Erwähnung weiter, so die, dass die Früchte bezüglich der *remissio mercedis* erst dann für percipirt gelten, wenn sie eingescheuert, oder erst dann, wenn sie vollständig zubereitet worden, s. die bei Glück a. a. O. S. 458 ff. Gen., oder gar erst dann, wenn solange Zeit verstrichen, dass man sie hätte absetzen können, also bis zur künftigen Ernte, s. bei dems. S. 459. Dieser, wie Albert über Remissionsentsagung, haben diese Meinungen hinlänglich widerlegt. S.

trakten auf den Erlass des Pachtzinses wegen solcher, wie der gedachten Unglücksfälle verzichtet wird[80]; ist der Inhalt dieses Verzichts allgemein gehalten, so ist er nach den gewöhnlichen Regeln auszulegen, und namentlich kann er im Zweifel immer nur auf diejenigen bezogen werden, welche die Früchte, nicht auf solche, welche den Grund und Boden betreffen[81]. Beim Pacht um eine Quote des Ertrags erledigt sich der Anspruch auf Erlass des Pachtgelds von selbst[82].

2) Der Pächter ist, ferner, zwar berechtigt, den kontraktgemäsen Gebrauch von dem gemietheten Gegenstand zu machen, aber auch nur diesen[83]; jenseits desselben wird er dem Verpächter je nach den Umständen entweder zum Ersatz des Interesses oder auch wegen Injurien verantwortlich, wenn er die Grenzen des ihm verstatteten Gebrauchs mit dem Bewusstsein überschritt, dass es dem Willen des Verpachters zuwider geschehe[84]; er haftet dann auch wegen des den Gegenstand

auch Sell a. a. O. S. 237 ff. Folgende Punkte bedürfen näherer Berücksichtigung: 1. die hier vorausgesetzten Unglücksfälle sind als ungewöhnliche zu denken, *extra consuetudinem*, (auch *immoderatae* und *contra consuetudinem tempestatis*, fr. 78. §. ult. *de Contrah. emt.*), was dafür zu erachten sei, muss der richterlichen Beurtheilung des Einzelfalls überlassen werden, indem es auch nach den verschiedenen Provinzen verschieden sein kann. 2. Wechseln Unglücksjahre mit Jahren reichen Ertrags, so kann der Verpachter, wenn eins der ersten Art voranging und er dafür eine *remissio mercedis* bewilligte, den vollen Pachtzins selbst dann nachfordern, wenn er ihn schenkungsweise erliess, im umgekehrten Fall nur dann, wenn er den reichen Ertrag des vorangegangenen Zeitraums nicht kannte, denn sonst wäre wieder Schenkung anzunehmen; sollten dem Unglücksjahr noch gute folgen, so äussern die guten auf dieses wieder dieselbe Wirkung. Vgl. Sell a. a. O. S. 222. 3. Das Verhältniss der Erlasssumme (*exoneratio pro rata*, fr. 15. §. 7. *d.*) zur Ernte ist auf die Weise zu ermitteln, dass Sachverständige den durchschnittlichen, regelmässigen Ertrag des Grundstücks (z. B. 10.) feststellen, womit dann der wirkliche Ertrag (z. B. 5.) in Vergleich gebracht wird. Würde also z. B. 8. Pachtzins gezahlt, so würde sich nach diesen Beispielssummen das Verhältniss so stellen: 10 : 5 = 8 : 4, es sind also 4 zu erlassen. Ist nun gar nichts geerntet worden, so braucht gar kein Pachtgeld bezahlt zu werden. 4. Die Bestellungskosten verliert der Pächter unter allen Umständen; fr. 15. §. 2. 7. *d.* Sell gelangt S. 193. durch irrige Auslegung der letzten Stelle zu dem Resultat, „dass der Verlust der Aussaat und Bestellungskosten bei Bestimmung der Grösse des Nachlasses am Pachtgeld wie eine Verwendung auf das Pachtgut in Aufrechnung (?) komme, und dieses die einzige Art sei, wie jener Verlust in Betracht kommen könne; der Pächter solle nur ausserdem keinen besonderen Ersatz für diesen Verlust fordern können." Ich verstehe das so, dass, wenn z. B. diese Kosten 2 betragen, sie im vorherigen Beispielsfall noch von der Summe der 4 abzuziehen seien. In jedem Fall aber ist die Auslegung der Worte *supra denique damnum etc.* verfehlt. 5. Wenn der Pächter nach Verlust der ersten Aussaat in derselben Fruchtperiode von Neuem bestellt und dieses einen Ertrag abwirft, so ist der erste Verlust hierdurch wie bei mehreren einander folgenden Jahren als ausgeglichen zu betrachten, s. Sell a. a. O. S. 236. (nur macht dieser hier Anwendung von seiner unrichtigen Ansicht wegen der Bestellungskosten). 6. Zufälliger Schaden an Vieh und Ackergeräthen kann zwar nicht *remissio mercedis* in dem bisher vorausgesetzten Sinn zur Folge haben, wohl aber, wenn es einfach verpachtet worden, auf ähnliche Weise eine Minderung des Pachtgelds herbeiführen, wie bei Untergang oder Verschlechterung irgend eines anderen verpachteten Gegenstands; s. oben bei Anm. 48.

80 C. 8. *h. t.*

81 Vergl. Albert a. a. O. S. 48 ff. 66 ff.

82 Fr. 25. §. 6. in f. *h. t.* (s. oben Nr. 1. z. A.)

83 Fr. 11. §. 1. 4. fr. 12. 13. §. 3. fr. 25. §. 3. fr. 30. §. 2. *h. t.*

84 Nach R. R. ist hier der Begriff des *furtum usus* möglich, s. §. 6. 7. *I. de Obl. quae ex del.*, dass hierher zu zählende Handlungen gegenwärtig einen strafbaren Charakter, der Unterschlagung u. s. w., annehmen können, (vergl. Marezoll Krim.-R. §. 124. a. E.) ist eine Sache für sich; die civilrechtliche Seite aber kann gegenwärtig nur die im Text gedachte Gestalt angenommen haben; der Begriff der Injurie

betreffenden zufälligen Schadens oder Untergangs[85]. Diese Grenze des Gebrauchs ist in Ermangelung einer bestimmten desfallsigen Beabredung aus der Natur und dem Zweck des Gegenstands zu ermitteln[86]. Etwas Besonderes ist es jedoch, dass, wenn nicht ausdrücklich das Gegentheil ausgemacht worden, dem Pächter freisteht, den gepachteten Gegenstand zu demselben Gebrauch, wie er ihn erpachtet, oder in geringerem Umfang an Dritte zu verafterpachten, und so sein Recht in dem Bezug der Afterpachtgelder auszuüben[87]. Durch diese Aftervermiethung wird zwar keineswegs wie durch Cession das ganze Miethsverhältniss auf den Aftermiether übertragen, denn von seiner Verpflichtung gegen den Vermiether könnte sich der Miether nicht willkührlich losmachen[88], doch kann der Aftermiether willkührlich bis auf Höhe der Summe, welche der Aftermiether seinem Vermiether schuldet, an den letzteren unmittelbar zahlen[89]. 3) Hiermit hängt es zusammen, dass der Pächter den Gegenstand vor Schaden und Verschlechterung verwahren[90], also auch ihn so behandeln muss, wie es seiner Natur und seinem Zweck angemessen ist[91]. Er haftet dabei nicht nur für eigene Handlungen[92], sondern auch für den durch Handlungen Dritter verursachten Schaden, wenn er die Veranlassung zur Möglichkeit eines solchen kontraktswidrig gegeben[93], oder wenn er denselben durch Aufmerksamkeit und Sorgfalt hätte abwenden können[94], oder auch wenn er sich bei der Auswahl oder Aufsicht derjenigen Personen, deren er sich in Bezug auf den Gebrauch des gemietheten Gegenstands bedient, oder denen er ihn anvertraut, oder welche er in gepachtete Grundstücke eingeführt und darin gehabt, einer Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit schuldig gemacht hat[95]. Nicht minder gehört hierher, dass der Pächter den Gegenstand vor Ablauf der Pachtzeit nicht verlassen und seine Detention aufgeben darf; wenn er dies gethan, so kann er sogleich auf die Zahlung des gesammten Pachtzinses und die Erfüllung aller sonstigen Obliegenheiten in Anspruch genommen werden[96]. Nur wenn für ihn bei fernerem Verharren in einer Miethwohnung entweder durch diese selbst oder durch Umstände eine gerechte Besorgniss vor Gefahr entsteht, welche abzuwenden nicht in seiner Macht stehen würde, die aber an sich nicht wirklich begründet zu sein braucht[97], oder wenn der Ver-

würde da Platz ergreifen, wo sich ein Interesse weiter nicht nachweisen lässt.

85 S. die vier ersten Stellen der Anm. 83.

86 Dies versteht sich von selbst; s. übrigens die beiden letzten Stellen der Anm. 83. Jedenfalls ist der Pächter hierin mehr beschränkt, als der Niessbraucher; vergl. über diesen z. B. fr. 13. §. ult. *de Usufr.*

87 C. 6. *h. t.* ferner z. B. fr. 7. 8. 24. §. 1. fr. 30. pr. 58. pr. 60. pr. *h. t.*; die Beschränkung versteht sich von selbst, sie lässt sich auch auf die Analogie des fr. 13. §. ult. *de Usufr.* stützen, s. Glück Bd. XVII. S. 311.

88 Fr. 58. pr. *h. t.* s. dazu Mühlenbruch Cession S. 312. Anm. 149 (3. Ausg.).

89 Fr. 11. §. 5. in f. *de P. A.* s. dazu dens. S. 320.

90 Fr. 11. §. 2. fr. 19. §. 2. fr. 25. §. 3. in f. (fr. 57.) *h. t.*; nach der ersten Stelle gehört hierher auch Verminderung der Gerechtsame des gepachteten Gegenstands, also etwa durch Nichtgebrauch.

91 Fr. 25. §. 3. *h. t.*

92 Fr. 25. §. 5. fr. 43. *h. t.*; je nach Umständen kann der Pächter dabei auch wegen widerrechtlichen Schadens *ex lege Aquilia* verantwortlich werden, oder in anderen Formen einer Deliktsobligation.

93 Fr. 11. §. 4. fr. 12. 13. §. 8. *h. t.*; eine seltsame Vorschrift in dieser Beziehung enthält fr. 25. §. 4. *h. t. culpae conductoris et illud adnumeratur, si propter inimicitias ejus vicinus arbores exciderit.*

94 Fr. 13. §. 7. fr. 41. *h. t.*; die erste Stelle muthet anscheinend dem Pächter sehr viel zu, nämlich sich plündernden Soldaten zu widersetzen; gewiss kann hier nur Vertretung der *culpa levis in custodiendo* verlangt werden.

95 Fr. 11. pr. 25. §. 7. fr. 30. §. 2. 4. *h. t.*

96 Fr. 24. §. 2. 3. fr. 55. §. 2. *h. t.*

97 Fr. 27. §. 1. fr. 13. §. 7. *h. t.*; beide Stellen in Verbindung ergeben nach m. E. das obige Resultat; s. noch fr. 28. 33. *de Damno infecto.*

miether eines Gebäudes die erforderlichen Reparaturen unterlassen hat, so dass dadurch der Gebrauch desselben wesentlich beeinträchtigt wird [98], ist der Miether zum Verlassen der Wohnung oder des Gebäudes berechtigt; er muss jedoch dann dem Vermiether, wenn es ihm möglich ist, Nachricht davon geben, widrigen Falls wird er ihm für den aus dieser Unterlassung entstehenden Schaden verantwortlich [99]. 4) Der Pächter hat endlich nach Ablauf der Pachtzeit den Gegenstand sammt allem Zubehör dem Verpächter unversehrt zurückzugeben [100], vorausgesetzt, dass er nicht durch einen Zufall untergegangen, den er nicht zu vertreten hat [101]. Hat er nothwendige oder nützliche Ausgaben für denselben gemacht, so kann er zuvörderst deren Ersatz verlangen, und an dem Gegenstand bis dahin ein Innebehaltungsrecht ausüben [102]. Andere Gründe entheben ihn der Nothwendigkeit der Zurückgabe nicht, ausgenommen, wenn sich die Umstände so gestalten, dass der Pacht nun nicht mehr bestehen, oder von Anfang an nicht bestanden haben kann, also, wenn der Pächter im Lauf der Pachtzeit das Eigenthum vom Verpächter erwirbt, oder sich ergiebt, dass es ihm schon vorher zustand [103]. Der Erwerb des Eigenthums von Seiten eines Dritten im Lauf der Pachtzeit hingegen ändert hieran nichts, wenn der Verpächter einem solchen widerspricht, es soll vielmehr dann demselben zuvörderst der Gegenstand zurückgegeben, und erst darauf dem Prozess um das Eigenthum der Lauf eröffnet werden [104]. Die widerrechtliche Verweigerung der Rückgabe führt für den Verpächter die Befugniss herbei, sein Interesse eidlich zu würdern [105], und wenn der Pächter es bis zur Verurtheilung kommen lässt, die Strafe der Selbsthülfe [106].

Das gegenseitige Verhältniss der Kontrahenten, wie es bisher als aus der Natur des Kontrakts fliessend dargestellt worden, kann mannigfaltig durch besondere Beabredungen und nähere Bestimmungen modifizirt werden; ist das geschehen, so überwiegen diese natürlich, wie überall, so auch hier, und nicht leicht wird eine Pachtung von irgend einiger Bedeutung vorkommen, wobei es ganz daran fehlte [107]. Ausser durch solche und in Ermangelung derselben kann aber auch durch Ortsgewohnheiten Manches von den gemeinrechtlichen Vorschriften geändert und näher bestimmt sein, weshalb auf diese nicht minder Rücksicht zu nehmen ist [108].

98 Fr. 25. §. 2. fr. 27. pr. *h. t.*, beide Stellen enthalten erläuternde Beispiele der Voraussetzung; beide beziehen sich zunächst auf Wohnungen; ohne Zweifel muss dasselbe von gemietheten anderen Gebäuden gelten.

99 Fr. 13. §. 7. *h. t.*

100 §. 5. *I. h. t.* fr. 6. *h. t.*

101 §. 5. *I. d.* fr. 9. §. 3. 4. *h. t.*

102 Fr. 55. §. 1. *h. t.* und *arg.* fr. 18. §. ult. *Commodati*, und fr. 15. §. 2. und fr. 59. *de Furtis*, vergl. Glück a. a. O. S. 496. [45].

103 Vergl. oben bei Anm. [27] und Thon in der Ztschrft. Bd. III. S. 472. 475.

104 C. 25. *h. t.*, über ungenaue Auffassung derselben bei Aelteren s. Thon a. a. O. S. 470. 476 ff. Sie darf nicht so allgemein verstanden werden, wie sie gefasst ist. Derselbe macht auch noch darauf aufmerksam, 1) dass der Pächter vor Ablauf der Pachtzeit unbehindert sei, sein Eigenthum klagend geltend zu machen, ohne den Gegenstand schon zurückgegeben zu haben; 2) dass er, auf das Pachtgeld verklagt, sich für die Zeit, wo er das Eigenthum bereits erworben gehabt, excipiendo damit schützen könne, er sei Eigenthümer.

105 Fr. 48. §. 1. *h. t.*; nach der Lesart der Flor., welche hier *rem* „*non immobilem*“ liest, wäre diese Vorschrift auf bewegliche Sachen beschränkt; der Vulg. fehlen jene Worte. Vergl. darüber Glück Komm. Bd. XII. S. 439 ff., der nach Aelteren mit Recht darauf aufmerksam macht, dass das *arg. e contrario* nichts weniger als sicher sei, nähme man auch die Flor. Lesart an. In Bd. XVII. S. 497. scheint er dieser Meinung untreu geworden zu sein.

106 C. 34. *h. t.* vergl. §. 28. Anm. [10]. — Der c. 32. *h. t.* muss ich die Möglichkeit ihrer Anwendung völlig absprechen.

107 §. 5. *I. h. t.* arg. fr. 11. §. 1. *de A. E.* fr. 15. §. 1. in f. fr. 25. §. 3. fr. 55. §. ult. *h. t.* c. 19. *h. t.*

108 C. 19. *h. t.* fr. 34. *de R. J.* Beispiele s. in fr. 32. §. 6. *de Administrat. tutor.* Vergl. H. K.

3. Es ist endlich über die Beendigung des Miethskontrakts folgendes Besondere zu bemerken. Derselbe kann seiner Natur nach, weil er keine Veräusserung enthält, niemals unwiderruflich abgeschlossen werden. Gewöhnlich ist eine Zeit seiner Dauer ausdrücklich bestimmt; auch stillschweigend kann dies geschehen, so namentlich, wenn der Zweck der Miethe angegeben worden, und dieser auf eine bestimmte Zeit eingeschränkt ist, und wenn der Miethzins nach Zeiträumen, monatlich, jährlich u. s. w., festgesetzt ist, welchen Falls in Ermangelung einer anderen Bestimmung wenigstens ein solcher Zeitraum als Miethszeit zu betrachten ist. Es ist ferner die Vermiethung auf unbestimmte Zeit mit ausbedungener beliebiger Kündigung der Kontrahenten möglich[109], und endlich auch ohne eine solche, indem sich diese dann von selbst versteht[110]. Hieraus folgt nun einmal, dass in den Fällen der ersteren Art der Pacht mit Ablauf der für seine Dauer bestimmten Zeit endet[111], und in Fällen der zweiten Art mit der Kündigung, für welche häufig eine Frist bestimmt ist, nach deren Ablauf sie erst wirksam wird[112]. Wenn für die Dauer der Pacht eine bestimmte Frist beliebt worden, so ist nach deren Ablauf eine Erneuerung der Pacht durch stillschweigende Fortsetzung des Verhältnisses möglich, welche näherer Betrachtung bedarf. Wenn nämlich der Pächter in Besitz und Genuss des Gegenstands verharrt, und der Verpächter ihn darin lässt, also mit Vorwissen und ohne Widerspruch, so wird eine stillschweigende Wiederholung des früher bestandenen Kontrakts in allen seinen Bestimmungen angenommen, ausgenommen rücksichtlich der Zeit[113]. In dieser Hinsicht nämlich gilt bei Pachtungen fruchttragender Landgüter die Verlängerung allemal auf ein Jahr als eingegangen[114]; bei Gebäuden und anderen nicht fruchttragenden Grundstücken aber und bei anderen Sachen aller Arten immer nur so lange, bis von einer Seite gekündigt wird; nur wenn bei den letzteren der ursprüngliche Kontrakt schriftlich aufgenom-

Hermann der Miethsvertrag, hauptsächl. in Bezug auf Wohnungen (Leipzig 1840) §. 1. 6.

[109] Fr. 4. *h. t.*, stirbt einer von beiden, ohne gekündigt zu haben, so endet der Kontrakt nunmehr; in der Stelle ist dieses nur vom Vermiether gesagt, allein, wenn auch bestimmt worden, dass der Kontrakt gelten solle, *quoad conductor vellet*, so kann dieselbe Folge mit seinem Tod ebensowenig ausbleiben.

[110] C. 10. *h. t.*, hier werden einander *perpetua* und *temporalis conductio* entgegengesetzt; wäre also auch ausdrücklich „auf ewige Zeiten" verpachtet worden, so würde dennoch die Kündigung jeder Zeit möglich sein, oder es müsste das Geschäft eine andere Gestalt gewinnen, oder eine andere Auslegung erleiden, also namentlich die einer Emphyteuse. Selbst der Verzicht auf die Kündigung würde aber bei einfachem Pacht unwirksam sein, weil er gegen die Natur des Verhältnisses verstiesse. Vergl. Samml. v. Erk. des O.-A.-G. zu Lübeck in Hamb. R.-Fällen, V. 3. S. 705. An das römische Institut grenzt aber das deutsche der Erbpacht, vermöge dessen wirklich das möglich wird, was das R. R. nicht kennt, und wodurch dann auch nicht selten Verwechselungen in einzelnen Streitfällen vorkommen. Das Weitere darüber gehört dem deutschen Recht an. S. Maurenbrecher Lehrb. des deutsch. Pr.-R. §. 252. [4], und Mittermaier deutsch. Pr.-R. §. 488. [2].

[111] C. 11. *h. t.* fr. 9. §. 1. *de Publicanis.*

[112] Vergl. Bd. I. S. 293. und Bd. II. S. 473.

[113] Fr. 13. §. 11. fr. 14. *h. t.* c. 16. *h. t.*; dass der Verpächter einwilligen müsse, erhellt aus fr. 14. *d.*, wonach er inzwischen nicht *furiosus* geworden sein darf. Soweit Beziehungen Dritter zum ersten Pacht bestanden, z. B. Verpfändungen, Kautionen u. s. w., ist allerdings eine ausdrückliche Wiederholung nöthig, um sie für die Relokation fortdauern zu lassen, fr. 13. §. 11. *d.* c. 7. *h. t.*

[114] Fr. 13. §. 11. *h. t.* vergl. Schrader Abhandl. aus dem Civilr. Nr. 2. §. 2. Glück Bd. XVII. S. 278. und Vangerow a. a. O. S. 429. I. Es existirt hier eine besondere Kontroverse darüber, ob nicht die in Deutschland übliche Dreifelderwirthschaft einen modifizirenden Einfluss äussere? Allein das lässt sich nicht behaupten, zumal die Frage voraussetzt, dass die Römer diese nicht gekannt hätten, was irrig ist, s. Vangerow a. a. O. S. 429. Alle Neuere sind denn auch hiermit einverstanden, s. die dort Gen-

men und darin eine bestimmte Zeit festgesetzt war, wird die stillschweigende Fortsetzung allemal auf dieselbe Frist ausgedehnt verstanden[115]. — Auch wenn aber eine bestimmte Frist für die Dauer eines Miethkontrakts festgesetzt worden, so kann derselbe dennoch aus mannigfaltigen Gründen früher endigen. Es gehören hierher zuvörderst alle Aufhebungsgründe der Obligationen von allgemeinerer Natur[116]; sodann die oben unter Nr. 2. a) und b) berührten, in dem gegenseitigen Verhältniss der Kontrahenten, sowohl für den Fall der Nichterfüllung gewisser Obliegenheiten, als für den Eintritt gewisser Umstände, welche das Ausbleiben der Erfüllung zur Folge haben, enthaltenen Gründe einseitigen Rücktritts, indem das Interesse in diesen Fällen darauf hinaus kommt. — Endlich bedarf hier noch der Einfluss der Veräusserung des verpachteten Gegenstands von Seiten des Verpächters, oder dessen letztwilliger Uebergang von ihm an einen Dritten durch Singulartitel, auf das Pachtverhältniss der Berücksichtigung[117]. Durch das letztere ist der Ver-

115 Bekanntlich ist in Folge der etwas zweideutigen Ausdrücke des fr. 13. §. 11. d. sowohl über die Regel wie über die Ausnahme grosse Meinungsverschiedenheit entstanden; s. den Bericht darüber und die Lit. bei Vangerow a. a. O. S. 429 ff.; die im Text angenommene Meinung ist die am meisten verbreitete und hat auch, wie ders. nachgewiesen, überwiegende Gründe für sich. Wenn die Stelle übrigens nur *praedia rustica* und *urbana* einander gegenüberstellt, so sind doch den letzteren hier alle übrige Sachen unbedenklich gleich zu setzen, indem nur der für die ersteren geltende Satz als ein besonderer erscheint. — Ebenso scheint mir auch die Modifikation unbedenklich, dass, wenn Lokalgewohnheit bestimmte Umzugszeiten festgesetzt hat, die Prolongation mit Rücksicht darauf als geschehen anzunehmen ist. Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 324 f. — Wenn Gebäude mit fruchttragenden Grundstücken zusammen vermiethet sind, so kommt es darauf an, welches vorherrschender Gegenstand der Miethe war, ob z. B. ein Haus zum Wohnen, wozu ein Garten und eine Wiese gehören, oder ein Weinberg als solcher, wozu ein Wohnhaus gehört, gemiethet ward. Vergl. Glück Bd. XVII. S. 293 ff.

116 Beispielsweise s. fr. 9. §. 1. *h. t.* Endigung des nur zeitweiligen Rechts des Verpächters, s. jedoch auch fr. 25. §. 4. *Soluto matrim.* und fr. 1. §. 15. *de Dote praeleg.*, der Verpachtung von Mitgiftssachen bei Endigung der Ehe; fr. 9. §. 1. und 4. fr. 19. §. 6. fr. 33. *h. t.* Untergang oder Verlust der Sache durch Zufall, oder Konfiskation (s. Anm. [40]); fr. 9. §. 6. fr. 10. *h. t.* Eigenthumserwerb an der Sache; fr. 58. *de Pactis*, durch konventionsmässige Aufhebung oder Umwandlung des Pachts in ein anderes Geschäft; fr. 51. pr. *h. t.* vorbehaltener Rücktritt fur gewisse Fälle; fr. 8. §. 1. *de Rebus auctor. jud.* Rescissionsklage der Gläubiger wegen betrüglicher Verpachtung von Seiten eines Schuldners.

117 Die obigen Sätze gründen sich auf: 1) fr. 32. *h. t.* 2) fr. 59. §. 1. *de Usufr.* 3) fr. 25. §. 1. 4) fr. 58. pr. *h. t.* 5) fr. 13. §. 30. *h. t.* 6) fr. 53. §. 2. *de A. E.* 7) fr. 13. *Qui potiores in pign.* 8) fr. 25. §. 4. *Soluto matrim.* 9) fr. 1. §. 15. *de Dote prael.* 10) c. 9. *h. t.* Die gewöhnliche Doktrin weicht von der Darstellung im Text besonders darin ab, dass sie schlechthin für den Lokator wie für den Konduktor einen Grund anerkennt, den Kontrakt aufzuheben, zu kündigen, wenn der Gegenstand in Folge einer Singularsuccession einen anderen Eigenthümer erhält, so dass nur der erstere oder seine Erben auf Entschädigung haften; s. z. B. Mühlenbruch Pand. §. 413. 1, 6,. Diese Ansicht fusst vorzüglich auf der citirten ersten Stelle. Dagegen leugnen dies Puchta §. 369. a. E. und Vangerow a. a. O. S. 427. 2, ausdrücklich und absolut; indessen ist dabei diese Stelle, ich weiss nicht mit welchem Recht, gar nicht berücksichtigt. Ueberhaupt aber sind hier folgende Punkte zu unterscheiden, und näher zu erwägen. Die beiden im Text dem Notenzeichen unmittelbar folgenden Hauptsätze unterliegen an sich keinem Zweifel; sie sprechen nur die Anwendung allgemeiner Grundsätze aus. Es ist ferner ebenfalls sicher, dass, wenn der Pächter im ruhigen Genuss und Besitz der Sache bleibt, ihm wechselnde Eigenthumsverhältnisse daran gleichgültig sein müssen, denn der Verpächter braucht ja ursprünglich gar nicht Eigenthümer zu sein; nicht minder, dass das Verhältniss zwischen dem Vermiether und ihm fortbesteht, nicht mit dem neuen Eigenthümer, dazu bedürfte es vielmehr

pächter an Handlungen der Art so wenig behindert, wie er sich dadurch seinen kontraktlichen Obliegenheiten gegen den Pächter entziehen kann. So lange jedoch der neue Erwerber den letzteren im Besitz und Genuss der Sache nicht stört, der Verpächter also seinen Obliegenheiten nachkommt, ist der Pächter nicht minder gehalten, den Pacht fortzusetzen, denn es besteht das Verhältniss zwischen beiden unberührt dadurch im Ganzen fort, und ob der Verpächter Eigenthümer sei und bleibe, ist ohne Bedeutung, sobald er dem Pächter nach wie vor den Genuss der Sache gewährt. Nur wenn der neue Erwerber, was ihm freisteht, den Pächter austreibt, wird der Verpächter demselben zum vollständigen Ersatz verpflichtet, und es kann eine Fortsetzung des Verhältnisses nicht weiter Statt finden. Um dies zu vermeiden, pflegt daher dem neuen Erwerber zur Pflicht gemacht zu werden, dass der

einer besonderen Vereinbarung. Aus diesen Prämissen ergiebt sich nun, unter Berücksichtigung der übrigen eingreifenden allgemeinen Grundsätze und der citirten Stellen, und bestätigt durch diese, folgendes Weitere: 1) der neue Erwerber kann dem Pächter den Genuss der Pacht entziehen, s. die erste, zweite, dritte und letzte Stelle. Allerdings aber muss er den Gegenstand (oder als Usufruktuar das Recht daran) auch bereits erworben haben, es muss also dem Käufer tradirt worden sein, um *rei vind.* anstellen, oder sein Eigenthum jenem entgegen geltend machen zu können. In sofern der Verpächter den Besitz behält, ist er auch dazu befähigt, die Einrede aus dem Kontrakt aber kann der Pächter dem neuen Erwerber, gleich dem Verpächter, darum nicht entgegensetzen, weil jener in denselben nicht wie ein Erbe nachfolgt. Um sich gegen eine solche Veräusserung zu decken, ist bekanntlich häufig die Bestellung einer Hypothek für die Rechte des Pächters anempfohlen worden. Vergl. darüber Glück Bd. XVIII. S. 43 ff. Mit Recht macht jedoch dieser nach zahlreichen Anderen darauf aufmerksam, dass auch hier die Forderung immer nur das Interesse betreffen könne, wenn dieses also der Verpächter oder Käufer erlege, den Pächter nichts der Nothwendigkeit überhebe, aus dem Besitz zu weichen. Glück schlägt anstatt dessen vor, dass sich der Pächter für den Fall der Veräusserung ein Niessbrauchsrecht solle bestellen lassen. Mühlenbruch, Cession S. 279. Anm. [75], dagegen erkennt nach fr. 12. *de Vi*, welches diesen Fall behandelt, (s. auch fr. 18. pr. *eod.*) eine Möglichkeit an, wie sich der Pächter unmittelbar selbst helfen könne, nämlich wenn er die Besitzergreifung hindere, dann bleibt dem Verkäufer als Lokator nichts übrig, als gegen den Pächter das *Int. Unde vi* anzustellen, dem jedoch *justae et probabiles caussae* entgegengesetzt werden können, und zu diesen sei auch die Einrede aus dem Kontrakt zu rechnen, so dass überhaupt c. 1. *Unde vi* hier zur Anwendung komme. Diese Maasregel scheint keinem Bedenken unterzogen werden zu können. 2) Lässt der neue Erwerber den Pächter ruhig im Besitz und Genuss, so hat sich dieser über nichts zu beklagen; alsdann dauert sein Verhältniss mit dem Verpächter fort, indem dieser seinen Obliegenheiten nachkommt. Der Pächter kann also aus dem Eigenthumswechsel keinen Grund zum Rücktritt vom Kontrakt hernehmen. Hierneben aber finde ich in der ersten Stelle die im Text am Schluss gestellte besondere Bestimmung im Fall des Legats. Ebenfalls als Ausnahme fasst den Inhalt der Stelle Unterholzner a. a. O. S. 331. bei [v]) auf, nur dass er einem Legat der Ansprüche aus dem Pacht neben dem der Sache selbst einen die Ausnahme wieder ausschliessenden Einfluss einräumt. Ist man aber dazu berechtigt, hier eine Ausnahme anzuerkennen? Unterholzner führt keinen Grund dafür an. Mühlenbruch Cession S. 314 ff. (3. Ausg.) findet den vollständigen Erklärungsgrund der darin enthaltenen Anordnung in den Worten: *quia nihil heredis interest;* „sobald die vom Erblasser selbst angeordnete Veränderung des Eigenthums durch Singularsuccession eingetreten sei, habe der Erbe kein Interesse, die Fortsetzung der Miethe zu verlangen.“ Wenn ich mich nun zwar mit der ebendas. enthaltenen Widerlegung der von Unterholzner wieder aufgenommenen Unterscheidung Aelterer vollkommen einverstanden erkläre, indem ja dann nicht das Pachtrecht, sondern nur die Forderung verfallener Pachtgelder übergehen kann, (s. nachher Nr. 4,) so genügt mir doch die Erklärung nicht vollkommen. Dieselbe nämlich passt doch auch auf den Verpächter als Verkäufer gedacht, und nicht auf den Erben des testirenden Verpäch-

Pächter in der Pachtung seine Zeit über ausdauern solle; allein so wenig hierdurch, als durch Cession, die überhaupt nur in Ansehung der Pachtgelderforderungen, nicht des ganzen mit Verbindlichkeiten gemischten Pachtverhältnisses, möglich und in solchen Fällen gewöhnlich, auch unter Umständen als stillschweigend geschehen anzunehmen ist, wird ein Verhältniss zwischen dem neuen Erwerber und dem Pächter hergestellt, sondern es dauert nur das bisherige fort. Bei fiskalischen Veräusserungen bedarf es dieses besonderen Vorbehalts nicht, er versteht sich stillschweigend von selbst. Hat nun hierüber eine Vereinigung zwischen den verschiedenen Betheiligten nicht Statt gefunden, so haftet zwar der Verpächter dem Pächter unter allen Umständen, sobald ihm die Sache entzogen wird, dagegen aber kann der letztere, wenn der Verpächter den Gegenstand des Pachts einem Dritten vermacht

ters allein. Denn welches eigenthümliche Interesse hätte der Verkäufer an Fortsetzung der Pacht vor dem Erben voraus? Haben wir nun anerkannt, dass, wenn im Fall des Verkaufs der neue Erwerber den Pächter nicht stört, dieser sein Verhältniss mit dem Verpächter fortsetzen müsse, warum nicht gleichergestalt, wenn anstatt Verkaufs Vermächtniss den Gegenstand übertragen hat? Es ist möglich, dass Mühlenbruch, da er seinen allgemeinen Satz, der Uebergang der verpachteten Sache durch Singularsuccession auf einen anderen Eigenthümer berechtige den Pächter zum Rücktritt vom Pacht, auf diese Stelle mitstützt, (während die von ihm citirten übrigen gerade diesen Punkt nicht betreffen) auch den Erklärungsgrund für den Verkäufer nicht nur zugestände, sondern in Anspruch nähme, obwohl er in diesem Zusammenhang nur des Erben gedenkt. Und allerdings scheint sich gegen die Gleichheit der gegenseitigen Lage von dieser Seite her nichts einwenden zu lassen, und darauf vielleicht die gemeine Meinung zu fussen. Allein bei einiger genauerer Erwägung zeigt sich, dass der Erklärungsgrund hier so ungenügend ist, wie dort. Denn, dass der Verpächter, oder sein Erbe, niemals ein Interesse an Fortsetzung des Pachts haben könne, lässt sich doch nicht behaupten; oder wer will, da ja auch das Verhältniss an sich nicht durch die Veräusserung endet, sondern, wie auch fr. 32. *d.* ausdrücklich sagt, von Seiten des *colonus* geltend gemacht werden kann, die Möglichkeit von Umständen leugnen, wonach der Erbe sowohl wie der Verkäufer, an Fortsetzung des Pachts interessirt sein, und um dem Pächter den ruhigen Fortgenuss zu gewähren, mit dem neuen Erwerber ein Abkommen treffen kann? Bleibt demnach der Pächter ungestört, wie sollte er nicht verpflichtet sein, im Pacht zu beharren? Dieser Grund ist nach m. E. im Allgemeinen ebenso sicher und gewiss, als fr. 32. *d.* für den darin vorausgesetzten Fall ganz unbestreitbar zu Gunsten des Pächters etwas Abweichendes anordnet. Die Abweichung nun, man kann zwar nicht sagen, rechtfertigt, aber sie erklärt sich wirklich einigermaassen aus dem angegebenen Grunde des mangelnden Interesses. Denn, wenn der Verpächter stirbt und den verpachteten Gegenstand einem Dritten vermacht, so wird allerdings in der Regel der Erbe an Fortsetzung des Pachts nicht nur kein Interesse haben, sondern diese sogar eine Last für ihn sein. Es darf also angenommen werden, dass regelmässig dem Erben ein solches abgehe. Da nun aber andererseits der Verpächter durch das Vermächtniss an seinem Verhältniss nichts ändern kann, so ergiebt sich hieraus, wie fr. 32. *d.* dem Pächter die Befugniss zuerkennt, den Erben in Anspruch zu nehmen, während es diesem unter Rücksicht auf die gewöhnliche Gestaltung der Dinge versagt, jenen zur Fortsetzung des Pachts zu nöthigen. Dagegen bezweifle ich keinen Augenblick, dass, sobald der Erbe ein Interesse daran hat, er auch diese verlangen könne. Hiernach ist der Textsatz am Schluss so, wie geschehen, gefasst worden. Dazu füge ich hier noch ausdrücklich, dass auch im Fall des geschehenen Verkaufs der völlige Mangel des Interesses an fernerer Fortsetzung des Pachts auf Seiten des Verkäufers als möglich nicht in Abrede gestellt werden kann, so dass also dann der Pächter die Regel des §. 106. Lit. F. geltend zu machen nicht minder befugt sein würde, welche in der That auch in unserem Ausnahmefall wirksam ist, so dass es streng genommen hier einer ausdrücklichen Erwähnung im Text gar nicht bedurft hätte. 3) Da der Verpächter im Fall der Veräusserung des Pachtgegenstands dem Pächter verpflichtet bleibt, so pflegt er deshalb dabei wegen der Fortsetzung des Verhältnisses

hat, ohne weitere Verantwortlichkeit aus dem Pacht ausscheiden, in sofern der einzige, der ihn in Anspruch nehmen könnte, der Erbe, kein Interesse daran hat, ihn darin festzuhalten. — Dem Fall der Veräusserung ist derjenige nicht gleichzusetzen, wenn ein Gläubiger in der Exekutionsinstanz in einen verpachteten Gegenstand eingewiesen wird, sondern erst mit der Ausübung des gerichtlichen Pfandrechts an dem Gegenstand durch dessen Verkauf[118].

mit ihm besondere Vorkehrung zu treffen. Dazu dient nun allerdings eine Uebereinkunft zwischen ihm und dem Käufer, indessen entsteht dadurch natürlich kein neues Verhältniss zwischen dem Pächter und dem neuen Erwerber, sondern es bleibt das bisherige unverändert bestehen, so dass der Verpächter die Klage gegen den Pächter (*ex locato*) behält, der Käufer aber nur die *a. emti* gegen den ersteren hat, dass er diesen zur Erfüllung anhalte, und der Verkäufer die *a. venditi* gegen den Käufer, um dem Pächter das *frui licere* zu verschaffen (s. die fünfte Stelle). Wenn Glück Bd. XVIII. S. 12. und Andere annehmen, dass der Konduktor aus einem solchen Vertrag ohne Weiteres eine *a. utilis* gegen den Käufer erwerbe, so ist das durchaus unrichtig, indem hier immer eine solche Cession des ganzen Verhältnisses zu Grunde liegend zu denken wäre, welche, wie unter Nr. 4, erwähnt werden wird, unmöglich ist; daher kann denn auch der Satz des §. 102. bei Anm. 19 hier nicht zur Anwendung kommen. Dagegen aber ist es sowohl durch eine gemeinschaftliche Uebereinkunft wie durch Separatverträge möglich, dass sich der Pächter wie der neue Erwerber gegen den Veräusserer zur Fortsetzung des Kontrakts verpflichten, und die darauf wider den zweiten gerichtete Klage des Verpächters an den Pächter, die *a. locati* aber an den neuen Erwerber cedirt werde; in dieser Verbindung ist denn auch der vorgedachte Satz von der Genehmigung aus §. 102. anwendbar; ebenso auch einfacher auf die Weise, dass der Pächter sich gegen den veräussernden Verpächter zur Fortsetzung des Pachts mit dem neuen Erwerber verbindlich macht, und dieser dann *jura cessa* auf die Pachtgelder (laufende und künftige) erhält; s. ferner überh. §. 105. Nr. II. Die letztwillige Verfügung, dass der, welchem die *res locata* als Legat zugewendet wird, den Pächter die Pachtzeit über im Genuss lassen solle, würde nur als eine Unterart des *legatum debiti* an den letzteren erscheinen, von welchem aber dahin steht, ob er es annehmen und sich so binden will; s. vorher Nr. 2,. 4) Von einer einseitigen Verfügung des Verpächters, dass der Pächter mit dem neuen Erwerber den Pacht fortsetzen solle, namentlich also von einer Cession des gesammten Pachtrechts im letzteren, ist hier gar keine Rede, denn das ist rücksichtlich eines mit eigenen Verbindlichkeiten gemischten Verhältnisses unmöglich; zwar haben dies nicht Wenige früher vertheidigt, s. Glück Komm. Bd. XVIII. S. 26 ff. und die dort Gen., allein seit Mühlenbruch's Widerlegung dieser Vorstellung, Cession S. 313 ff. (3. Ausg.) hat sie m. W. keinen Anhänger mehr. Etwas ganz Anderes ist die Ueberlassung rückstelliger Miethsgelder an den Käufer, die kann so gut an ihn, wie an jeden Dritten geschehen, s. die vierte Stelle und fr. 53. pr. *de A. E.* und ist unter gewissen Umständen als stillschweigend geschehen zu vermuthen, s. die achte und neunte Stelle; wegen der siebenten s. Mühlenbruch a. a. O. S. 319. 163. 5) Die Ausnahme bei Veräusserung fiskalischer Güter ist in fr. ult. *de J. F.* enthalten, sie beruht nur auf der Annahme eines stillschweigenden Vertrags der unter Nr. 3, gedachten Art. Dem Käufer gebührt auch der von Zeit des Kaufsabschlusses an verfallene Pachtzins; Manche verstehen das jedoch nur von dem bis dahin verfallenen, vgl. Glück Bd. XVII. S. 196. 24. — — Aus der bisherigen Erörterung lässt sich nun ermessen, wie viel Wahres an dem bekannten Rechtssprüchwort sei: „Kauf bricht Miethe.“ Ueberall zustimmend jetzt auch Traeger in d. Zeitschrift N. F. Bd. 18. S. 53 ff.

118 Fr. 8. §. 1. *de Reb. auctor. jud.* Mit welchem Recht Unterholzner a. a. O. S. 331. 3. kurzweg sowohl für den Pächter als den Verpächter, wenn der andere Kontrahent in Konkurs gerathen ist, und zwar für ersteren unter Umständen, für letzteren unbedingt, wegen Unsicherheit der künftigen Pachtgelder, den einseitigen Rücktritt vom Kontrakt für begründet hält, weiss ich nicht. Ausführlich nach den Meinungen der Praktiker erörtert findet sich diese Frage bei Glück Bd. XVIII. S. 34 ff., er entscheidet sich mit Recht für das Resultat, dass, wenn der Verpächter in Konkurs geräth, dieses Ereigniss ohne besonderen Einfluss auf das Verhältniss und die Berechtigung des Päch-

Durch den Tod der Kontrahenten erlischt der Pachtkontrakt nicht[119], ausgenommen, wenn dieses ausdrücklich ausgemacht, oder, wenn der Gegenstand desselben ein Recht war, welches mit dem Tod erlischt, wie der Niessbrauch[120].

B. Die Dienstmiethe (l. c. operarum) und die Verdingung von anzuführenden Arbeiten (l. c. operis) haben eigentlich eine gemeinschaftliche Wurzel, in sofern die Ausführung der letzteren ebenfalls durch Kraftaufwand geschieht, und hier nur mehr die Wirkung oder der Zweck, dort die Ursache oder das Mittel in's Auge gefasst ist[121]; es kann selbst zweifelhaft werden, welches von beiden Verhältnissen für einen konkreten Fall anzunehmen sei[122], und andererseits der Entscheidung eines solchen Zweifels an praktischer Bedeutung fehlen, dennoch ist es, um der eigenthümlichen Bestimmung willen, welche für die Verdingung von Arbeiten gelten und wenigstens in der Regel auch hervortreten, zweckmässig, beide von einander getrennt zu behandeln, und die zweite nicht blos als Unterart der ersteren darzustellen.

a. Die Dienstmiethe[123] begreift solche erlaubte[124] Dienste, welche um des Lohns, also des Erwerbs willen übernommen zu werden pflegen, und deshalb der Sitte und dem Herkommen gemäs zu einem gewissen Preis geschätzt werden können und dafür regelmässig zu haben sind[125]; es sind mithin solche verstanden, die

ters ist, wenn aber der Pächter, dass dessen Gläubiger berechtiget seien, den Pachtkontrakt fortzusetzen, nicht aber verpflichtet; hiernach also würde im letzteren Fall der Verpächter nur als Gläubiger wegen Erfüllung des Pachtkontrakts auftreten können; der Masseverwaltung bleibt dann das Weitere wegen Fortsetzung des Kontrakts anheimgegeben.

119 C. 10. *h. t.* fr. 19. §. 8. fr. 32. *h. t.* (s. noch fr. 15. §. ult. fr. 16. 19. pr. *h. t.*)

120 C. 10. *de Usufr.* arg. c. 18. *de J. D.* (s. dazu d. deutsche C. J.)

121 *Operas locare* kommt sowohl für l. c. *operarum* als *operis* vor, s. Anm. [1]; der eigentliche Ausdruck ist *operis locatio*, s. fr. 58. §. 1. *h. t.* Vergl. auch noch fr. 2. §. 1. *h. t.* §. 4. *I. Per quas personas.*

122 Z. B. *fossam fodiri*, Holz spalten, Bretter sägen auf dem Rost.

123 Zur Umgrenzung dieses Begriffs und seiner Unterscheidung von anderen Leistungen ist zuvörderst auf §. 113. Anm. [8] Bezug zu nehmen, und daran zu erinnern, dass, der Sklaven wegen, bei den Römern ein Verhältniss Freier, wie das unseres Hausgesindes, wenn es ihnen auch nicht unbekannt war, wie fr. 4. pr. *de Usu* beweist, (*quos servorum loco in operis habet*, s. auch noch c. 4. *de Servo fugit.*), dennoch zu den grossen Seltenheiten gehören mogte, so dass bei der *l. c. operarum* an solche Dienste übrigens, also überhaupt ausser jenen Fällen, nicht zu denken ist. Es ist also von dieser Seite auch noch das Kriterium der Bestimmtheit der *operae* in objektiver Hinsicht, und in der Regel auch dadurch deren ausdrückliche Gemessenheit, den *operis* der *l. c. operar.* als eigenthümlich anzusehen; die letztere indessen kann allerdings auch wieder soweit reichen, dass Jemand in Ansehung gewisser Dienste sich in der Art vermiethet, wie sie verlangt werden und er sie nur zu leisten vermag, z. B. als Schreiber, und dergl. fr. 19. §. 9. 10. *h. t.* Dem Gesindevertrag fehlt freilich ebenfalls der Charakter der Bestimmtheit auch nicht ganz, indem äussersten Falls alle persönliche Bedienung, haus- und landwirthschaftliche Arbeit aus dem Kreis und je nach dem näheren Zweck und der Eigenschaft, wie sich Jemand vermiethet, (als Knecht, Kutscher, Bedienter, Kindermagd, Köchin, Dienstmagd schlechthin u. s. w.) zu verstehen ist, daher liegt ihm denn auch in sofern wie überhaupt die *l. c. operar.* zu Grunde, allein, abgesehen von manchen anderen Umständen, ist ihm namentlich ein gewisses Unterwürfigkeitsverhältniss eigen, was jener fremd ist, und überhaupt hat er sich im deutschen Recht so eigenthümlich gestaltet, dass er diesem ganz anheimfällt. S. Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 294. und R.-Lexikon von Weiske, Art. „Gesinde“ Bd. IV. S. 768. (von Buddeus).

124 Arg. fr. 6. §. 3. fr. 22. §. 6. *Mandati*, übrigens versteht sich dieses Erforderniss nach allgemeinen Principien von selbst, s. §. 83. bei und in Anm. [20].

125 Fr. 1. §. 4. *de Extraord. cognit.* (*mercenaria opera*) fr. 5. §. 2. *de Praescr. verb.* (*factum quod locari solet.*)

eine eigentliche mechanische Arbeit und physische Mühwaltung betreffen, auch wenn sie von handwerksmässiger Art ist, oder der Ausübung der bildenden Künste angehört[126]. Handlungen anderen Inhalts verleihen dem Vertrag, kraft dessen sie geleistet werden sollen, einen anderen Charakter, entweder den des Mandats, s. §. 113. oder der Dienstleistung, s. §. 119. I. oder einen nur nach den konkreten Bestimmungen zu beurtheilenden[127]. Der Dienstpflichtige hat die versprochenen Dienste gehörig zu leisten[128], und zwar in Person, indem die Absicht persönlicher Dienstleistung der Natur des Vertrags entspricht[129]. Hat Jemand seine gleichzeitigen Dienste verschiedenen Personen nach einander vermiethet, so hat er sie zuerst der zu leisten, die ihn zuerst gemiethet hat[130]. Der Miether hat dagegen den versprochenen Lohn und sonstige versprochene Gegenleistungen zu zahlen, jedoch erst nachdem die Dienste geleistet worden, soweit nicht Ortsgewohnheit, oder die Natur dieser Gegenleistungen, wie Kleidung, Beköstigung u. s. w., oder Beabredung des Lohns je nach Zeiträumen, dafür Termine schon im Lauf der Dienstzeit feststellen. Eine unbedeutende Verhinderung oder Unterbrechung der Dienste auf Seiten des Vermiethers berechtigt den Miether zu keinem Abzug[131]. Hat aber an diesem die Veranlassung gelegen, dass die Dienste gar nicht geleistet wurden, so ist er dennoch den Lohn dafür zu entrichten schuldig[132]. Das Verhältniss endet im Besonderen nach vollständiger Leistung der Dienste, namentlich also nach Ablauf der festgesetzten Zeit für die Dienstmiethe[133], wobei aber eine stillschweigende Erneuerung ebenso wie bei der Sachenmiethe möglich, und dieser analog zu beurtheilen ist[134].

b. Die Verdingung umfasst im Allgemeinen die Hervorbringung einer gewissen Wirkung, also die Leistung eines bestimmten Resultats oder Werks[135], welche sowohl die Verfertigung, als die Wiederherstellung, Verbesserung, Veränderung oder Umgestaltung einer Sache, als den Transport derselben, oder von Personen von einem Ort zum anderen[135b], oder sonst irgend ein äusserlich wahrnehmbares Produkt einer Arbeit betreffen kann. Soll aus einem Stoff etwas gemacht werden,

126 Fr. 5. pr. in f. *Nautae (fullo et sarcinator pro arte mercedem accipiunt)*, fr. 5. §. 2. *de Praescr. verb.* (*tabulam pingere*) fr. 1. §. 7. *de Extraord. cogn.* S. noch §. 119.

127 S. 1) §. 113. Anm. [8], 2) fr. 1. pr. *Si mensor* (s. aber §. 119. Anm. [2]).

128 C. 22. *h. t.*

129 Arg. fr. 26. §. 12. *de Condict. indeb.*, wo von den *operis liberti* anerkannt ist, dass die Persönlichkeit des Leistenden für die Identität derselben überhaupt entscheidend werde.

130 Fr. 26. *h. t.*

131 Arg. fr. 27. pr. *h. t.*

132 Fr. 38. pr. *h. t.*, s. übrigens S. 288. a. E. u. S. 463. a. E.; die am letzteren Ort geschehene Bevorwortung mögte auch auf den Fall auszudehnen sein, wenn der Miether die Dienste ohne allen Grund nicht leisten lassen will.

133 C. 11. 22. *h. t.*

134 Vergl. hierüber Glück Bd. XVII. S. 294 ff., welcher eine Anzahl von Unterscheidungen macht: wenn die Dienste zur Errichtung eines ganzen Werks gemiethet worden, wo die Relokation als bis zu dessen Beendigung geschehen anzunehmen sei, oder nicht, wo es dann wieder darauf ankomme, ob nur Tagelöhnerdienste, oder Dienste zur Landwirthschaft oder zu einem städtischen Gebrauch gemiethet worden, indem danach entweder immer nur auf einen Tag, oder auf ein Jahr, oder so lange die Relokation als geschehen anzunehmen sei, bis gekündigt werde.

135 Fr. 5. §. 1. *de V. S.* (*ex opere facto corpus aliquod perfectum*) fr. 22. §. 1. *h. t.* (*faciendum aliquod*). Beispiele s. fr. 2. §. 1. fr. 9. §. 5. fr. 13. §. 5. 6. fr. 51. §. 1. *h. t.* und vom Transport namentlich in fr. 11. §. 3. fr. 13. §. 1. 2. fr. 19. §. 7. fr. 25. §. 7. *h. t.*

135 b Ueber die Frage des Transports auf Eisenbahnen, deren bis an's Ziel verschiedene sich an einander schliessen, s. Braunschw. Zeitschrift f. R.-Pfl. S. 12. (Die übernehmende Betriebsverwaltung haftet nur bis an ihre Grenze.)

so entscheidet der Umstand für den Charakter des Geschäfts als Verdingung, dass derselbe nicht vom Uebernehmer der Arbeit dazu gegeben worden [136], mit der näheren Bestimmung, dass hierbei die Hauptsache als in Frage vorausgesetzt ist; die Hergabe und Lieferung von Zuthaten ändert hingegen nichts an dem Charakter der Verdingung, soweit, dass, auch wenn der Unternehmer eines Baus, dem nur der Platz vom Verdingenden angewiesen wird, das Baumaterial liefert, dieses Geschäft dennoch eine Verdingung bleibt [137]. Ob er diese Zuthaten zur Ausführung der Arbeit liefern solle, hängt zunächst von den desfallsigen Beabredungen [138], und in Ermangelung derselben von dem, was als stillschweigend gewollt anzunehmen, oder was für Fälle der fraglichen Art üblich und hergebracht ist, ab [139]; die erforderlichen wirklichen Auslagen hat im Zweifel der Uebernehmer zu tragen, indem er ohne ausdrückliches Versprechen keine Vorschüsse fordern kann, jene aber bei der Beabredung des Preises mit in Anschlag bringen mag [140]. Die Verdingung setzt regelmässig ferner voraus, dass, wenn zwar dem Unternehmer ganz genaue Bedingungen und Bestimmungen gegeben werden können, und bei einigermaassen bedeutenden Arbeiten gewöhnlich gegeben werden [141], wie das auszuführende Werk beschaffen sein soll, dennoch die Art der Ausführung dem Ermessen desselben anheimgegeben bleibt, so dass ihm deren Leitung zusteht [142]. Bei Ausführung der Arbeit hat er rücksichtlich der Fähigkeit, Kenntniss und Geschicklichkeit dazu jede Schuld zu vertreten [143]. Sind ihm nun Anweisungen der Art ertheilt, so hat er sie genau zu befolgen, und wird ebensowohl, wie für die gar nicht, oder nicht fertig gemachte Arbeit [144], verantwortlich, wenn sie mangelhaft oder instruktionswidrig

[136] S. §. 116. Anm. [34] und dies. §. Anm. [19].

[137] Fr. 20. *de Contrah. emt.* fr. 22. §. 2. *h. t.* s. übrigens aber bei und in Anm. [20]. Im Mangel einer Vereinigung hat der Unternehmer die Angemessenheit der geforderten Preise zu beweisen, auch wenn der *conductor* keine speziellen Ausstellungen gemacht, sondern den Preisen nur im Allgemeinen widersprochen hat. Dabei wird ersterer aber leicht zum Schätzungseid gelassen; s. Sächs. Ztschrft. N. F. Bd. XVIII. S. 95. und wegen Ausstellungen in Betreff einer Akkordsumme, das. S. 71.

[138] Fr. 22. §. 2. *h. t.*

[139] Dieses lässt sich namentlich von allen Reparaturen einer Sache im Zweifel annehmen.

[140] 1) Fr. 60. §. 8. *h. t.*; hier ist für den konkreten Fall ein Vorauswissen der Ausgabe vorausgesetzt, indessen ist dabei wieder zu unterscheiden, ob der Unternehmer dieselbe als bevorstehend wohl wissen konnte, oder sie ausser aller Berechnung lag. So z. B. wird ein Fuhrmann, der eine Sache (oder Personen) auf eine grössere Entfernung zu transportiren übernimmt, sich sagen müssen, dass er bis dahin Wege-, Brückengeld und dergl. zu zahlen haben werde, auch wenn er den Weg noch gar nicht gemacht hat; anders z. B. wenn der Miether unterwegs einen Abstecher machen will. Was nun an Ausgaben zur Verrichtung der Arbeit und Ausführung des Werks erforderlich sein werde, das muss im Zweifel dem, der sich damit befasst, als bekannt vorausgesetzt werden. 2) Wegen der Vorschüsse s. fr. 58. §. 2. *h. t.*; ist ein solcher versprochen worden, so kann bei dessen Zahlung Kaution wegen seiner Verwendung gefordert werden.

[141] S. z. B. fr. 24. pr. 29. 30. §. 3. fr. 60. §. 3. *h. t.* fr. 77. *Pro socio*, wo dies als gewöhnlich namentlich für Hausbauten angeführt wird.

[142] Dies folgt u. A. aus fr. 51. *in f. h. t.* (*universitas consummationis*), ist aber auch sonst der Natur des ganzen Verhältnisses entsprechend.

[143] Fr. 9. §. 5. (*imperitia*) fr. 13. pr. §. 1—5. (mannigfaltige Beispiele, auch Verwahrung der Sachen vor Beschädigung,) fr. 62. fr. 27. §. 29. *ad Leg. Aquil.* Wenn es hier zu einer Berechnung des Interesses kommt, so muss natürlich auch auf den zu prästirenden Lohn Rücksicht genommen werden, dies auch, wenn der Gegenstand durch Schuld des Unternehmers untergegangen oder verschlechtert worden. Vergl. Buchholtz in d. Ztschrft. N. F. Bd. VIII. S. 2 ff. über das Einstehen für den Zufall beim Verdingungsvertrag.

[144] C. 14. *h. t.*

ausgefallen [145], oder wenn sie nicht zur rechten Zeit fertig geworden, vorausgesetzt nur, dass es binnen dieser überhaupt möglich gewesen ist [146]. Häufig kommt es dabei vor, dass der Verdingende sich oder einem Dritten die Billigung und das Gutbefinden bei der Abnahme vorbehält; alsdann ist davon allerdings die Leistung abhängig, indessen darf dasselbe keineswegs als rein subjektiv und willkührlich verstanden werden, sondern objektiv von dem Ermessen eines sachverständigen Manns [147], und da nun die Arbeit vermöge ihrer Natur und ihres Zwecks einem solchen auch ohnedies Genüge leisten muss, so ist eigentlich mit jenem Vorbehalt nichts weiter gewonnen, als eine bestimmte Modalität für die Zurückgabe und Uebernahme der geleisteten Arbeit. Dagegen hat ein solcher Vorbehalt auf das gegenseitige Verhältniss den Einfluss, dass, während der Unternehmer bis dahin, wo die Billigung erfolgt ist, gerade ebenso, wie wenn eine Arbeit auf stück- oder maasweise Lieferung verdungen worden, bis zur Zumessung, oder doch bis dahin, wo eins oder das andere hätte geschehen können und durch Veranlassung des Verdingenden unterblieben ist, für die Verschuldung bei Ausführung des Werks und deren Folgen in jeder Weise einzustehen hat, er nach der Abnahme und Billigung desselben nur dann dafür weiter haftet, wenn er sie doloserweise erschlichen hat [148]. Möglich ist aber auch, dass der Verdingende die Ausführung der Arbeit ganz nach seiner Leitung und seinem Ermessen ausbedungen hat, dann ist der Unternehmer zu nichts weiter verpflichtet, als demgemäs zu verfahren, und hat für den Ausfall und die Güte der Arbeit nicht weiter einzustehen [149].

Dadurch, dass der Unternehmer einer Arbeit die dafür bestimmte, oder, in Ermangelung einer solchen Bestimmung, die nach richterlichem Ermessen für ausreichend zu erachtende Zeit nicht innegehalten hat, wird jedoch der Verdingende nicht berechtigt, vom Kontrakt einseitig zurückzutreten, vorausgesetzt nur, dass ihm nun überhaupt noch an der Leistung etwas gelegen und dieselbe nicht blos auf einen gewissen Zeitpunkt berechnet gewesen ist; sondern jener wird nur zur Erlegung des Interesses und der etwa festgesetzten Konventionalstrafe verpflichtet [150]. Der Verdingende kann daher auch nicht willkührlich die Arbeit einem Anderen in Verdingung geben, sondern nur wenn er dies vorbehalten und nach vollem Ablauf

145 Arg. fr. 13. §. 1. fr. 60. §. 3. *h. t.* fr. 2. §. 7. *de Eo quod certo l.* (*v. quemadmodum etc.*)

146 1) Arg. fr. 24. pr. 2) fr. 58. §. 1. *h. t.* s. §. 83. Anm. [13]. — Wenn bei der Ausführung der vollendete Theil der Arbeit zufällig wieder zerstört wird, z. B. ein im Bau begriffenes Haus durch Feuer, so erhält der Unternehmer die ganze Frist von Neuem, fr. 15. *de V. O.*

147 Fr. 24. pr. *h. t.* fr. 76. in f. 77. *Pro socio.*

148 S. 1) fr. 36. *h. t.* 2) fr. 24. pr. in f. *h. t.* — In der ersten Stelle bedeutet *periculo est*, nur die Folge der *culpa*, also, was in anderen Stellen *vitiosum opus* und *operis vitium*, s. fr. 51. §. 1. fr. 61. *h. t.*, dies beweist den Gegensatz zu dem im Anfang der Stelle erwähnten *periculum* in den Worten: *Si tamen vi majore.* Zu ganz seltsamen, dabei durchaus schwankenden, und mir nicht begreiflichen Resultaten gelangt Unterholzner a. a. O. S. 349. a. E. und das. h) unter Verbindung des fr. 36. mit 37. 59. und 62. *h. t.*, die ich ganz anders benutzen zu müssen glaube, s. Anm. [161] und [164]. Vergl. über Fälle dieser Art Samml. d. Entsch. des O.-A.-G. zu Lübeck in Frankf. R.-S. I. 1. S. 104.

149 Fr. 51. §. 1. in f. *h. t.*, der konkrete Fall, *ut in operas singulas merces constituta sit*, ist hier für zufällig zu halten, und nicht davon absolut abhängig, dass das *opus* dem *arbitrium domini* untergeordnet werden kann; nur wird dann der Lohn gewöhnlich auf solche Weise bestimmt werden.

150 Fr. 72. §. 1. fr. 113. pr. 124. *de V. O.* (Die zweite Stelle handelt übrigens hauptsächlich von der Auslegung einer unter gewissen Umständen geschehenen Prorogation eines Termins in Bezug auf eine Konventionalstrafe.) Was im Text von dem Mangel einer Zeitbestimmung und dem des Interesses gesagt ist, versteht sich nach allgemeinen Principien, s. §. 91. I. z. A. und §. 93. bei und in Anm. [11] und [12].

der Frist, und auch dann kann der erste Unternehmer wegen Nichterfüllung seiner Obliegenheiten nur in Anspruch genommen werden, wenn dem zweiten dieselben Bedingungen wie dem ersten gestellt worden sind, es sei denn, dass der Verdingende sich hierin ganz freie Hand vorbehalten hätte[151]. Dass der Unternehmer die Arbeit in Person ausführe, ist, wenn es nicht besonders ausgemacht worden, oder dieses als stillschweigend beabsichtigt anzunehmen ist, nicht erforderlich[152], unter allen Umständen hat er aber bei der Arbeit und den sonstigen Handlungen der von ihm dabei zugezogenen dritten Personen deren Verschuldung zu vertreten[153]; übrigens wird auch jene Bevorwortung ohne weitere Folgen sein, wenn der Ausfall der Arbeit eben so gut ist, wie ihn der Unternehmer selbst nur würde haben bewerkstelligen können, indem es dann an einem Interesse des Verdingenden fehlen wird. Von selbst natürlich versteht sich ferner die Zurückgabe der zu dem Zweck der Bearbeitung dem Unternehmer vom Verdingenden behändigten Sachen[154]. Dagegen wird der Unternehmer von aller Verantwortlichkeit befreit, wenn fehlerhafte oder sonstige schlechte Beschaffenheit des demselben zu bearbeiten gegebenen Gegenstands die Arbeit ganz vereitelt, oder nur in unvollkommenem Grad gestattet[155], oder wenn die ertheilte Anweisung des Verdingenden daran Schuld war[156]. Der Verdingende hat dem Unternehmer, soweit es nöthig, die Möglichkeit zur Vornahme seiner Arbeit zu gewähren[157] und nach Verrichtung derselben den bedungenen Lohn zu entrichten[158]. Dieser wird in der Regel im Ganzen bestimmt sein; möglich ist es jedoch auch, dass er entweder nach der Arbeitszeit, oder nach Theilen der zu liefernden Arbeit festgesetzt wird[159]. Im

151 Fr. 13. §. 10. *h. t.* Die Beschränkung kann keinem Bedenken unterliegen. Auch dann, wenn sich im Lauf des Zeitraums ergiebt, dass nun das Werk nicht mehr werde fertig werden, kann der Verdingende nicht schon zurücktreten; fr. 137. §. 3. *de V. O.*

152 Vergl. §. 90. bei Anm. [1] und s. fr. 48. pr. *h. t.*; s. 1) wegen der Beschränkung: fr. 31. pr. *h. t.*, wonach jedoch die stillschweigende Uebereinkunft nicht als ausgeschlossen angesehen werden darf, vielmehr ist eine solche nach den Andeutungen des §. 106. z. A. unter 2. b, und c, als geschehen anzuerkennen. Diese Beschränkung hat nun gerade bei der *operis locatio*, in sofern es bei dieser, wie die cit. Stelle sagt, meistentheils auf *ingenium*, *natura*, *doctrina* und *institutio artificis* ankommt, einen sehr weiten Kreis der Ausdehnung. 2) Wegen der Regel ist ausser dem *arg. e contrario*, dass nach der vorher cit. Stelle die Beschränkung als Ausnahme erscheint, zu verweisen auf: fr. 12. §. 6. *de Usu*, fr. 13. §. 1. fr. 48. pr. *h. t.* und fr. 38. §. 21. *de V. O.*, wonach der Unternehmer regelmässig die Ausführung der vertragsmässigen Arbeiten Anderen verdingen kann; s. auch die folg. Anm.

153 Fr. 25. §. 7. *h. t.*

154 Fr. 11. §. 3. fr. 13. §. 6. *h. t.*, er hat dabei auch Verwechselungen zu vertreten. Vgl. den §. z. A. Nr. 2. 6,.

155 Fr. 13. §. 5. (*nisi periculum quoque in se artifex susceperit*), fr. 33. (*si solum corruisset, quo insula aedificanda erat*), 62. *h. t.*; ist der Unternehmer über Möglichkeit und Zulässigkeit befragt worden, so können die Grundsätze von der Verantwortlichkeit aus dem Rath und der Empfehlung zur Anwendung kommen.

156 Fr. 51. §. 1. *h. t.*, diese Stelle setzt allerdings den Fall voraus, dass *merces in singulas operas* bestimmt ist, (s. Anm. 149) indessen ist der darin angeführte Grund, *ut arbitrio domini opus efficeretur*, doch von einer so allgemeinen Natur, dass, auch wenn die *merces* auf gewöhnliche Weise bestimmt worden, jener Vorbehalt dieselbe Folge äussern muss.

157 Er hat hierin nicht nur direkten kontraktwidrigen *dolus* zu vertreten, sondern auch Verschuldung, so, wenn die Waaren, die ein Fuhrmann transportiren sollte, wegen Zollkontraventionen mit Beschlag belegt worden sind, fr. 61. §. 1. *h. t.*

158 C. 2. 17. *h. t.*, dies folgt schon aus dem Begriff.

159 Das erstere ist als der regelmässige Fall zu denken; das letztere als Ausnahme und von besonderer Bestimmung abhängig, s. fr. 30. §. 3. (*pro lapide in pedes singulos*) fr. 51. §. 1. (*pro opere redemtori certam mercedem in pedes singulos*) *h. t.* — Eine besondere hier anzuknüpfende

ersten Fall kann er nicht früher als bei Ablieferung der Sache oder nach Vollendung der Arbeit gefordert werden; in den letzteren Fällen aber auf Verlangen des Unternehmers auch schon vorher theilweise für das, was bereits fertig geworden ist, dessen Abnahme also in derselben Weise gefordert werden kann[160]. Vorausgesetzt ist dabei allemal, dass derselbe seinen Obliegenheiten in jeder Weise nachgekommen sei; hat er Sachen des Verdingenden in Händen, so kann er dann zugleich auch deren Rücknahme verlangen, sobald nur die Arbeit so, wie es sich gebührt, geliefert worden ist.

Einer besonderen Berücksichtigung bedürfen hier noch die Gestaltungen und Anwendungen der Regeln vom Zufall und der Tragung der Gefahr (vergl. §. 97. S. 291. und §. 106. S. 467 ff.) auf dieses Verhältniss. Trifft ein zufälliges unabwendbares Ereigniss den Gegenstand, woran die Arbeit ausgeführt werden sollte, so dass sie ganz oder zum Theil unmöglich oder verzögert wird, oder diese selbst, so fällt der Nachtheil allemal auf den Verdingenden[161], wenn nicht das Gegentheil ausgemacht worden ist[162]; ist die Arbeit schon ganz oder zum Theil gefertigt gewesen, so hat er auch noch den Lohn dazu zu bezahlen[163]. Dass die Arbeit von der Billigung des Verdingenden abhängig gemacht und diese noch nicht erfolgt ist, ändert hieran nichts, vorausgesetzt, dass die erstere so ausgefallen war, dass die letztere nicht ausbleiben konnte[164]. Für den an seinen Sachen und Werkzeugen, deren er sich bei der Arbeit bedient, entstehenden zufälligen Schaden wird ihm ebensowenig Ersatz zu Theil[165], als er den Lohn fordern kann, wenn er durch ihn betroffene Unfälle oder durch zufälligen Verlust seiner erforderlichen Geräthschaften und Mittel zur Ausführung der Arbeit an dieser gehindert worden ist; er muss vielmehr das bereits Empfangene zurückgeben[166].

Was die Beendigung des Verdingungskontrakts betrifft, so gilt darüber nichts Besonderes weiter, als, 1, dass der Verdingende davon einseitig zurücktreten darf, wenn der Unternehmer einen Kostenanschlag gemacht hat und sich bei Ausführung der Arbeit zeigt, dass die wirklichen Kosten denselben übersteigen[167]. 2, Dass

Vorschrift ist die des fr. 19. §. 7. *h. t.*, dass das Passagiergeld für eine Frau auf einem Seeschiff nicht erhöht wird, wenn sie darauf in Wochen kommt.

160 Fr. 30. §. 3. fr. 36. *h. t.*

161 Fr. 13. §. 1. fr. 25. §. 7. fr. 33. 59. 62. *h. t.*; vergl. die Stellen der Anm. 155 und die der Anm. 164.

162 Fr. 36. 13. §. 5. *h. t.*

163 Vgl. S. 288. a. E. und s. fr. 59. *h. t.*, womit fr. 33. *h. t.* wohl als übereinstimmend in der Voraussetzung anzusehen ist; s. auch Unterholzner a. a. O. S. 352. [1]).

164 Fr. 36. 37. *h. t.*

165 Fr. 2. §. 1. *de Lege Rhodia.*

166 Fr. 15. §. 6. *h. t.*; über die Lesart dieser Stelle s. Glück Bd. XVII. S. 416. [59] f. und die dort Gen.

167 Fr. 60. §. 4. *h. t.* Wenn diese Stelle zugleich sagt, dass der Unternehmer von dem empfangenen und zum Theil schon verwendeten Vorschuss den Rest zurückgeben müsse, so führt das zu mannigfachen weiteren Fragen darüber, wie sich hier das Verhältniss der gegenseitigen Anforderungen wegen schon gehabter Einbussen und Auslagen gestalte? Es wird dabei zuvörderst darauf ankommen, ob sich der Unternehmer wirklich anheischig gemacht hat, das Werk um den veranschlagten Preis selbst auszuführen, — dann ist er einfach daraus verbindlich; oder ob der Verdingende nur vorher wissen wollte, wie hoch (und zwar ungefähr, anders lässt sich ein solcher Voranschlag doch nicht verstehen), die Arbeit zu stehen kommem werde, und beide Theile entweder darüber einverstanden sind, dass der letztere nach und nach Vorschüsse und Abschlagszahlungen auf die ganze Summe leisten, oder das Material, — wie bei Hausbauten — selbst anschaffen sollte, oder dass der Verdingende den künftigen wirklichen Kostenbetrag zahlen und erstatten solle. Nur von Fällen der letzteren Art ist hier die Rede; der erstere ist für sich besonders und bestimmt charakterisirt.

derselbe vermöge der freien Verfügungsbefugniss über seine Sachen die Verrichtung der Arbeit jeder Zeit verbieten und also die Verdingung derselben widerrufen kann, nur muss er freilich dem Unternehmer das vollständige Interesse ersetzen, namentlich also die bereits aufgewendeten Kosten und den Lohn für die theilweise schon gefertigte Arbeit[168].

Der Verdingungskontrakt wird, wenn er den Transport von Waaren zu Wasser[169] zum Inhalt hat, Grundlage zu folgendem eigenthümlichen Verhältniss. Es

Wenn nun für diese die Eingangs gedachte beschränkte Bestimmung besteht, so ist damit eine volle Verpflichtung zum Ersatz des Interesses verneint, und zwar sicher darum, weil das Verhältniss in Bezug auf den Anschlag von schwankender Art ist. Zwar ist in der Stelle der Ausdruck *mandavi ut exsequeres* gebraucht, indessen selbst angenommen, dass hier reines Mandat vorgelegen habe, so haftet der Mandatar überhaupt nicht absolut auf vollständige Erreichung des ihm Aufgetragenen, s. §. 113. II. 1. z. A. Allerdings ist es auch möglich, dass hier eine Verpflichtung aus Rath und Empfehlung geltend gemacht werden könne, s. ebendas. Anm. [16], und ebensowenig zu bezweifeln, dass, wenn der Unternehmer kraft Mandats den Anschlag gemacht und auszuführen begonnen, er aus *dolus* und *culpa* vollkommen verantwortlich werden kann. Allein selten wird sich das Verhältniss in diesen Formen darstellen, in der Regel vielmehr wird der Kostenanschlag auf eine obligatorisch unbestimmte Weise in der gesammten Verhandlung über die *l. c. operis* stecken. Davon ausgegangen, scheint es mir ganz entsprechend, dass von weiteren Schädensansprüchen hier keine Rede sein kann, indem der Verdingende wenigstens zum Theil die Folgen eigener Schuld trägt, nämlich, sich nicht besser vorgesehen und sicherer gestellt zu haben. In dem Beispielsfall der Stelle nun ist, und zwar allerdings unnütz, oder so gut wie vergeblich, etwas von dem gegebenen Vorschuss verbaut; dies steckt indessen wenigstens im Grund und Boden des ersteren. Wenn in angeschafftem Material, so würde der Unternehmer ohne Zweifel entweder dieses, oder den empfangenen Vorschuss ganz zurückzustellen haben. Käme dem Verdingenden auf diese Weise aber auch gar nichts von dem nur in seinem Interesse verausgabten Vorschuss zu Statten, so sehe ich dennoch, so wenig wie für den Unternehmer, wenn dieser selbst Auslagen und sonstige Vorbereitungen gemacht, einen Grund, aus welchem von diesem oder jenem Ersatz dafür gefordert werden könnte, oder etwa vom letzteren ein Theil des versprochenen Lohns, ausgenommen, soweit der Begriff der *negotior. gestio*, oder des Habens ohne Grund mit fortdauernder Bereicherung (s. §. 102. Anm. [86] und §. 109. II. B.) sich hier anwenden lässt, und die Trennung der mit Sachen des Verdingenden verbundenen Sachen möglich ist; auch eine eingetretene Kommunion wäre nicht unmöglich.

[168] Der obige Satz versteht sich von selbst, er lässt sich aber auch auf eine Analogie der Stelle der Anm. [132] zurückführen. Dem gemäs regelt sich denn auch der von sehr mannigfaltigen Umständen abhängige Entschädigungsanspruch. Hätte sich Jemand ausschliesslich der Arbeit gewidmet, und andere abgewiesen, und jene wird widerrufen, so ist ohne Zweifel eine Entschädigungsforderung dafür bis auf den ganzen Verdienst begründet; lässt sich das nicht behaupten, kann vielmehr der Unternehmer anderweiten Verdienst wegen des Zeitgewinns machen, und hat er noch gar keine Vorbereitungen zu jener widerrufenen Arbeit gemacht, so ist es möglich, dass gar keine Forderung von seiner Seite formirt werden kann.

[169] Gewöhnlich wird der Transport ausschliesslich als zur See geschehen bezeichnet, allein nach fr. 1. *de Lege Rhodia* (künftig *h. t.* citirt) im Besonderen, und nach vielen anderen ganz allgemein redenden Stellen ist nicht gerade eine solche Gefahr und ein auf der See erlittener Schaden vorausgesetzt, sondern man ist danach berechtigt, jede andere Wasserfracht hierher zu ziehen. Ueber die L. Rhodia und die Ausbreitung dieses Gesetzes, welches freilich seinem örtlichen Ursprung nach wohl zunächst nur Seegefahr betraf, vergl. Glück Bd. XIV. S. 199 ff. S. auch Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 26. Wären aber auch alle Stellen ausdrücklich oder stillschweigend auf Seegefahr zu beziehen, so sehe ich wenigstens nicht den entferntesten Grund, aus welchem eine analoge Anwendung der rhodischen Grundsätze auf Fluss- und Landseeschifffahrt beim Zutreffen sonst gleicher Voraussetzungen un-

ist leicht möglich, dass Schiff und Ladung, besonders zur See, dergestalt in Gefahr gerathen, dass nach Ermessen der Sachverständigen entweder ein Theil der Waaren, oder der Ausrüstungsstücke des Schiffs, oder beides geopfert werden muss, um das Schiff selbst und den Ueberrest der Waaren zu retten, oder dass alle Waaren, um das Schiff zu retten, ausgeworfen, oder umgekehrt, um die Waaren zu retten, das Schiff, etwa durch Stranden, aufgeopfert werden muss. Diese Handlungen gehen vom Unternehmer des Transports, vom Schiffsführer[170] aus; er müsste sie also eigentlich auch rücksichtlich der Waaren gegen die Verdingenden, und wenn er das Schiff selbst gemiethet, den diesem zugefügten Nachtheil gegen den Vermiether vertreten, während er, wenn er Eigenthümer des Schiffs oder eines Theils der Waaren, oder der ganzen Ladung gewesen, für den ihn betreffenden Nachtheil von Niemandem Ersatz fordern könnte. Die Sachlage ist aber eine so eigenthümliche, dass die gemeinsame Tragung des Schadens, welcher auf diese Weise Einem oder Einigen zugefügt, während ein solcher von den Anderen abgewendet wird, von allen nach Verhältniss ihrer Betheiligung fast geboten erscheint. Dieses wäre allerdings auch dadurch zu erreichen gewesen, wenn ein solcher Fall zu einer in rechtlicher Hinsicht gemeinschaftlichen Angelegenheit erhoben worden wäre, so dass der in Verlust Gerathene die übrigen unmittelbar hätte belangen können; das ist aber im römischen Recht nicht geschehen, sondern die Sache hat sich hier in Anknüpfung an die Verdingung so gestaltet, dass sich der oder diejenigen, welche den Waarentransport verdungen, oder das Schiff vermiethet und auf solche Weise Verlust erlitten haben, des Ersatzes wegen an den Schiffsführer halten müssen, welcher dann die übrigen, deren Sachen gerettet wurden, auf verhältnissmässige Beiträge zum Ersatz in Anspruch nehmen kann[171], während ihm, soweit er selbst durch ein

zulässig wäre. S. übrigens auch fr. 4. pr. *h. t.*, wo dies direkt anerkannt zu sein scheint.

[170] Es ist hier der *magister navis*, der Schiffsvorsteher, Schiffskapitän, gemeint, mit welchem kontrahirt wird, mag er Eigenthümer des Schiffs sein, oder es gemiethet haben. Führt er es für einen Anderen, so ist dieser der eigentliche Kontrahent, und also zu belangen, soweit nicht ersterer ihn auch im Prozess zu vertreten verpflichtet ist.

[171] Fr. 1. 2. pr. (s. hierzu Glück Bd. XIV. S. 220 ff. [93]). — *ex locato agere debent*, — *is deinde cum reliquis — ex conducto agere potest;* — §. 2. 4. *h. t.* Sehr allgemein wird eine *utilis locati a.* der in Schaden Gerathenen wider die übrigen, deren Sachen gerettet wurden, angenommen, s. Glück Bd. XIV. S. 232. (obwohl man eine Verantwortlichkeit des *magister navis*, wenn er vor ausgemachter Sache die geretteten Waaren den Eigenthümern verabfolgt und nicht retinirt hat, anerkannte), selbst Unterholzner a. a. O. S. 355. 1 sucht eine solche zu rechtfertigen. Ich finde aber dazu keinen genügenden Grund, denn es wird damit nicht etwa eine nur prozessualische Form abgestreift, sondern ein wesentlich neuer Rechtssatz gebildet, der auch nicht etwa die Analogie für sich hat. Abgekürzt wird das Verfahren hierdurch auch nur scheinbar, vielmehr kann es bei Zerstreuung der Interessenten sehr weitläufig und kostspielig werden, da sie doch nicht solidarisch haften; bleibt man streng bei der römischen Vorschrift stehen, so ist die Behandlung der Sache ebenso zweckmässig als ordnungsgemäs. Vergl. Puchta §. 368. [e]. Dass der Standpunkt für die Beantwortung dieser Frage im heutigen Recht mit dem Werth der ganzen gemeinrechtlichen Lehre vom Seewurf eine Modifikation erfahren habe, (s. a. E. des §.) so dass sie nicht mehr aus dem römischen Recht zu beantworten sei, mögte sich schwerlich behaupten lassen. Ungeachtet des durchgehenden Princips von der Gemeinschaft zwischen Schiff und Ladung in Ansehung aller Seeschäden und aller übrigen Ausbildung dieser Lehre, ist dennoch an der rechtlichen Natur und dem Grunde der eigentlichen Obligirung nichts geändert. Darin muss ich namentlich Pfordten's Abhandl. S. 318. c) entgegengesetzter Ansicht widersprechen. Ich habe natürlich hier nur die gemeinen deutschen seerechtlichen Bestimmungen vor Augen, die sich freilich wohl überall in die partikularen verlieren.

Ereigniss der Art Schaden leidet, dasselbe Recht zusteht. In diesen allgemeinen Grundzügen sind zuvörderst folgende Voraussetzungen für die Begründung einer solchen Forderung enthalten:

1, Schiff und Ladung müssen sich in einer gemeinsamen so grossen Gefahr des Untergangs oder der Beschädigung befunden haben, dass es nothwendig wurde, das erste zu erleichtern, beziehungsweise die die Aufopferung umfassenden Maasregeln zu ergreifen [172]. Die Anordnung in dieser Hinsicht steht dem Schiffsführer zu [173], die Beurtheilung der künftig entstehenden Frage von der Nothwendigkeit aber unterliegt dem Urtheil Sachverständiger. Ist sie ohne Noth geschehen, so kommen einfach die Grundsätze vom Schadensersatz zur Anwendung [174]; ist der Schiffsführer an der Entstehung der Gefahr mit Schuld, z. B. durch Ueberladung des Schiffs, so haftet er gleichergestalt denen, welche Schaden leiden, während er die Befrachter oder den Vermiether des Schiffs nicht zum Ersatz des für ihn oder Andere entstandenen Schadens herbeiziehen kann [175]. Haben die Befrachter, selbst auf dem Schiffe gegenwärtig, eingewilligt, so kommt die Frage von der Nothwendigkeit nicht weiter in Betracht [176].

2, Das, was aus dem Schiff verloren gegangen ist, muss absichtlich über Bord geworfen oder sonst gelichtet, oder aufgegeben worden sein [177]; ebenso, wenn es sich darum handelt, das Schiff selbst. Keine Verpflichtung zum Ersatz findet daher z. B. Statt, wenn ein Schiffbruch geschehen ist, und dabei mit dem Schiff die Waaren einiger Befrachter verloren gegangen und die anderer gerettet worden sind [178]; ebensowenig, wenn Seeräuber das Schiff geplündert und die Waaren mancher Befrachter mitgenommen, die anderer unberührt gelassen haben, während, wenn man sich mit ihnen zur Auslösung des Schiffs abgefunden hat, das Hingegebene als im gemeinsamen Interesse gegeben erscheint, so dass dafür ebenso, wie für das, was der Gefahr wegen über Bord geworfen worden, dem Verlierenden Ersatz zu Theil wird [179].

3, Das, was über Bord geworfen oder aufgegeben worden ist, muss auch wirklich, ganz oder zum Theil verloren gegangen, und nicht hinterher noch gerettet worden sein [180].

4, Das, was zwar im Schiff geblieben, aber beschädigt worden, muss in Folge des geschehenen Seewurfs oder in Zusammenhang damit als Ursache verschlechtert worden sein [181].

5, Das, was gerettet werden sollte, also je nach Umständen das Schiff und ein Theil der Ladung, oder diese allein, oder jenes allein, müssen der Gefahr, wegen welcher der Seewurf geschah, wirklich entgangen sein [182].

172 Fr. 2. pr. (*laborante nave*) §. 2. (*tempest. gravi orta*) fr. 3. 5. pr. (*commun. pericul.*) *h. t.*

173 Wer von den Mitreisenden *sine caussa* hier eigenmächtig handelt, wird einfach dafür verantwortlich, fr. 14. pr. *de Praescr. verb.*

174 Diese Sätze verstehen sich von selbst; s. übrigens auch fr. 14. pr. *de Praescr. verb.*

175 Auch diese Folgerung ergiebt sich aus allgemeinen Grundsätzen, man beruft sich aber auch deshalb mit Recht auf die Analogie der fr. 27. §. 23. *ad Leg. Aquil.* und fr. 30. §. 2. *Locati.*

176 Fr. 2. §. 1. in f. (*si voluntate vectorum*).

177 Fr. 1. *h. t.* (*levandae navis gratia*) fr. 6. *eod.*

178 Fr. 7. *h. t.*

179 Fr. 2. §. 3. *h. t.* S. ferner noch Beispiele in fr. 4. pr. *eod.*

180 Fr. 2. §. 7. *h. t.* Ergiebt sich das erst später, so kommt es zu einer Wiederherausgabe dessen, was bereits früher dem Eigenthümer des Geborgenen erstattet war. Auch hier können sich die Kontribuenten nur an den Schiffsführer halten. Die ausgeworfenen Sachen gelten nicht etwa für derelinquirt, fr. 2. §. 8. fr. 8. *h. t.*

181 Fr. 4. §. 2. *h. t.*

182 Fr. 4. pr. in f. fr. 5. pr. *h. t.*

Gegenstand der Entschädigungsforderung ist Alles, was von der Ladung oder dem Schiffszubehör und der Ausrüstung über Bord geworfen und aufgegeben worden[183], oder was in Boote gebracht und dadurch verschlechtert worden, oder zu Grunde gegangen ist[184], oder was im Zusammenhang mit dem Seewurf, ohne ausgeworfen worden zu sein, wie durch Nässe nach nöthig gewordener Bloslegung, Schaden gelitten hat[185], oder endlich das Schiff selbst[186]. Der Umfang der Forderung erstreckt sich nur auf den wirklichen Schaden, nicht auf entgangenen Gewinn, also nur auf den Einkaufspreis der verlorenen Waaren und Sachen, oder den Marktpreis von Produkten, wenn sie dieses waren, nicht auf den durch Verkauf zu erreichen gewesenen Preis[187].

Der Ersatz ist von Allen zu leisten, welchen der Seewurf zum Besten geschah, also vom Eigenthümer des Schiffs, und denen der geretteten Waaren[188]; aber auch den Eigenthümern der verlorenen Sachen ist ein verhältnissmässiger Beitrag von diesen aufzulegen, um den Zweck der gesetzlichen Vorschrift zu erreichen, indem sie ohnedies besser daran wären, als die übrigen, während sie nicht keinen Schaden, sondern nur den Schaden nicht allein haben sollen[189]. Zu berechnen und zu vertheilen ist der Ersatz auf die geretteten Gegenstände je nach Verhältniss des den Eigenthümer derselben dadurch zu Theil gewordenen Vortheils, also des ihnen geretteten Werths, wobei der Preis in Anschlag kommt, zu welchem sie verkauft werden können[190]; die verlorenen können aber wieder nur nach dem Einkaufspreis oder dem absoluten Werth veranschlagt und danach die auf sie auszuwerfende Rate ermittelt werden. Die geretteten, aber schlechter gewordenen Waaren endlich werden zu einem je nach ihrem gegenwärtigen übrigen Werth zu ermittelnden Beitrag herangezogen, darunter aber die in Folge des Seewurfs beschädigten überhaupt zu einem solchen nur dann, wenn der Schade den auf sie auszuwerfenden Beitrag zum Gesammtersatz nicht übersteigt[191]. Ausgenommen von dieser Beitragspflicht bleibt

183 1) Fr. 1. *h. t.* 2) fr. 3. 5. §. 1. *h. t.*

184 Fr. 4. pr. *h. t.*

185 Fr. 4. §. 2. *h. t.*

186 Fr. 2. §. 1. *verb. sed si etc.* (fr. 3. 5. §. 1.) *h. t.*; was von der Beschädigung des Schiffs gilt, muss um so mehr gelten, wenn es ganz verloren geht. Nur darf der Zweck selbst nie aus den Augen gelassen werden, zu welchem man das Schiff der Gefahr aussetzt, und dass dies absichtlich geschehe, s. Nr. 2, im Text, weshalb denn andere zufällige Ereignisse für das Schiff während der Fahrt nicht in Betracht kommen.

187 Fr. 2. §. 4. *h. t.*

188 Fr. 2. §. 2. *h. t. Placuit omnes, quorum interfuisset, jacturam fieri, conferre oportere, quia id tributum ob servatas res deberent; itaque dominum etiam navis pro portione obligatum esse.*

189 Dies ist zwar nirgends ausdrücklich gesagt, — wenn nicht in fr. 2. §. 4. *h. t. verb. Portio autem pro aestimatione rerum, quae salvae sunt, et earum, quae amissae sunt, praestari solet — ?* — es folgt aber aus den im Text angeführten Gründen; ausserdem spricht auch dafür die Nothwendigkeit, indem der Werth der ausgeworfenen Sachen den der geretteten weit übersteigen kann; sollten dann die Eigenthümer der ersteren nicht mit herangezogen werden, verhältnissmässige Beiträge zu leisten, d. h. sich selbst anzurechnen, so würde man denen der letzteren allein den Schaden wieder aufbürden, den ihre Sachen nicht einmal decken würden. Vergl. auch Glück a. a. O. S. 222. Göschen Vorles. §. 662. a. E. 4. Unterholzner a. a. S. 358. z. A.

190 Fr. 2. §. 4. *h. t.* Angenommen also, das Schiff ist 10 werth, die Ladung, soweit sie gerettet worden, mit Berücksichtigung des Verkaufspreises 90, das über Bord geworfene Gut 50, so ist vom Gesammtwerth des Schiffs und der Ladung $1/3$ verloren und in der Art zu ersetzen, dass der Eigenthümer des Schiffs $3\,1/3$ beiträgt, die der geretteten Waaren 30, und die der verlorenen sich selbst $16\,2/3$ durch Anrechnung kontribuiren, effektiv also $33\,1/3$ wieder erhalten. S. folg. Anm. a. E.

191 Fr. 4. §. 2. *h. t.* Diese Stelle lässt nicht nur durch die eingemischten Gründe für eine, wie es scheint, vorausgesetzte mögliche verschiedene Auffassung der Sachlage die Resultate der mehreren einander folgenden Unter-

nichts als der Reiseproviant, also auch nicht das, was die Mitreisenden an Geld, Kostbarkeiten, Kleidern und sonst am Körper bei sich geführt haben, während die Rettung ihrer Person natürlich keiner Schätzung unterliegt[192]. — Die vorstehenden Sätze erleiden in Berücksichtigung möglicher, für Schiff und Ladung später und besonders bis dahin noch eintretender Ereignisse, wo sich durch Löschung der letzteren das Verhältniss auflöst, folgende nähere Bestimmungen. Geht das nach geschehenem Seewurf für jetzt gerettete Schiff später noch mit der übrigen Ladung unter, so fällt damit der Gegenstand weg, von welchem die Entschädigung für das früher über Bord Geworfene gefordert werden kann; was aber dabei, gleichviel wie und wodurch, gerettet wird, haftet für den früheren Seewurf fort[193]. Dagegen haftet das, was früher über Bord geworfen, aber doch noch geborgen wurde, für das, was später noch mit dem Schiff verloren ging, nicht[194], während dafür gar keine Entschädigung, oder doch nur für die Verschlechterung gefordert werden kann[195]. — Der Schiffsführer endlich haftet denen, welchen der Schadensanspruch zusteht, nicht weiter, als die Eigenthümer der geretteten Gegenstände zahlungsfähig sind[196]; doch kann er an letzteren ein Innebehaltungsrecht ausüben, bis die Angelegenheit geordnet ist, und ist auch dafür, dass er dieses ausübe, verantwortlich[197].

Schon oben wurde die Ausdehnung dieser Vorschriften auf den Loskauf von einer Plünderung oder Zerstörung des Schiffs durch Seeräuber erwähnt; eine gleiche Anwendung derselben findet auf den Fall Statt, wenn das Schiff durch Ausladung eines Theils der Fracht auf ein anderes Fahrzeug erleichtert worden, und letzteres untergegangen ist, ersteres aber nicht[198]; ist dagegen das Schiff untergegangen und das andere Fahrzeug davon gekommen, so haben die Eigenthümer der mit ersterem verlorenen Waaren keinen Anspruch an die der im letzteren geretteten[199].

scheidungen etwas zweifelhaft und dunkel, sondern setzt auch das letzte so verstanden, wie es nach m. E. nur verstanden werden kann, dem Vorwurf der Inkonsequenz aus. Es scheint nämlich den im Text vorangehenden Bestimmungen gemäs unabweislich analog zu sein, dass die durch den Seewurf beschädigten geretteten Waaren immer zu dem Werth, welchen sie noch haben, als gerettet, und zu dem verminderten Werth als verloren zu betrachten sind. Die Stelle scheint auch in den Worten: *quid enim interest, jactatas res meas amiserim, an nudatas deteriores habere coeperim?* dieses oder ein ähnliches Princip anzuerkennen, allein sie führt es nicht durch; mit der aufgestellten letzten Unterscheidung wird der Knoten nur zerhauen. Sowie ich, scheint auch Edm. Merill. die Stelle zu verstehen, *Thes. Ott.* T. III. p. 625., wenn nämlich hier durch einen Druckfehler vor „*Titio*" ein *a* fehlen sollte; Glück a. a. O. S. 223. berücksichtigt nicht alle Unterscheidungen der Stelle. Andere Interpretationen, zu denen dieselbe sehr einladend ist, sind mir nicht bekannt. — Beispiele zu dieser Rechnung s. bei *Polack Mathesis forens.* p. 64. sq. und den bei Glück S. 226. 87 Gen.

192 Fr. 2. §. 2. *h. t.* — *et vestimentorum et anulorum aestimationem fieri oporteat? Et omnium visum est, nisi si qua consumendi causa imposita essent, etc.; — corporum liberorum nullam aestimationem fieri.*

193 Fr. 4. §. 1. *h. t.*

194 Fr. 4. §. 1. *h. t.*; *verb. Eorum vero etc.*

195 S. Anm. 180.

196 Fr. 2. §. 6. *h. t.*

197 Fr. 2. pr. *h. t.*

198 Fr. 4. pr. *h. t.*

199 Fr. 4. pr. *h. t.* — Anderweite häufig versuchte und geschehene Ausdehnungen der obigen Grundsätze auf Feuer-, Wasser- und Kriegsschäden, wenn durch Aufopferung des Eigenthums eines Einzelnen die Mehreren drohende Gefahr abgewendet worden, sind unstatthaft, und jetzt auch m. W. allgemein aufgegeben; s. Glück Bd. XIV. §. 890. Thibaut im Archiv Bd. VIII. S. 146. Puchta §. 368. a. E. Unterholzner a. a. O. S. 355. 1. Einmal nämlich treffen die Voraussetzungen keineswegs sicher zu, wieweit die Beisteuer sich ausdehnen soll, so dass die Anwendung der Regeln nicht einmal ausführbar sein würde, und dann fehlt es an einem obligirenden Verhältniss, woran, wie bei dem Seewurf, in Er-

Diese Lehre hat im deutschen Recht wie in deutschen Partikularrechten eine umfassende Ausbildung und Erweiterung, besonders durch den Begriff der grossen Haverei, deren Hauptart der Seewurf ist, erfahren; die praktische Lehre von diesem ruht zwar immer noch auf dem civilrechtlichen Grunde, allein sie ist dennoch in das deutsche Recht, in sofern man das Seerecht als einen Theil desselben betrachtet, anderen Falls in dieses, als einen besonderen Rechtstheil zu verweisen [200].

§. 119.

Die Dienstleistung.

Unter diesen etwas unbestimmten und allgemeinen Begriff, welcher auch den Gegenstand des Mandats und der Dienstmiethe bezeichnet, muss hier in Ermangelung eines anderen Folgendes zusammengestellt werden.

I. Es kann eine solche Dienstleistung, d. i. eine Entwickelung von Thätigkeit im Interesse eines Anderen, Gegenstand eines Vertrags gegen Lohn oder eine Vergeltung werden, welche ihrer Natur nach nicht Inhalt einer Dienstmiethe sein kann, und wobei wenigstens nur selten und ausnahmsweise der Vertrag den Charakter eines Mandats an sich tragen wird, oder diese Form auch gar nicht dazu geeignet, mithin jener ein selbstständiger und eigenthümlicher ist [1]. Verträge dieser Art sind zunächst nach ihren konkreten Bestimmungen zu beurtheilen; in Ermangelung solcher für einzelne Fragen ist die analoge Anwendung verwandter Geschäfte in wesentlich gleichen Beziehungen unbedenklich; doch giebt es für manche auch eigenthümliche Vorschriften. Mit dieser Bevorwortung lassen sich folgende weitere Sätze hier aufstellen:

1. Der, welcher den Dienst leisten soll, wird zwar im Allgemeinen dazu verbindlich, in dieser Hinsicht thätig zu werden, so dass er für Verschuldung haftet, allein ob er auf das Interesse verantwortlich wird, wenn er den Dienst nicht wirklich leistet, m. a. W. wenn der Erfolg seiner Thätigkeit kein glücklicher ist, das lässt sich im Allgemeinen ebenso wenig behaupten, als verneinen, dass derselbe für diesen Fall Anspruch auf die verheissene Vergeltung habe. Vielmehr lässt sich die Beantwortung dieser Frage allein aus dem Inhalt der getroffenen Beabredung und der Natur der Dienstleistung entnehmen; aus der letzteren in Ermangelung der ersteren in sofern, als für die Bejahung oder Verneinung der Umstand entscheidend wird, ob der zur Dienstleistung Verpflichtete deren Erfüllung völlig in seiner Gewalt hat, also, wenn er nur auf angemessene und verständige Weise thätig ward, das Ziel derselben hätte erreichen müssen, oder nicht, sondern zufällige Ereignisse und Umstände und die Natur der Dinge darauf mit von Einfluss sind [2].

mangelung einer *communio* sich die Entschädigungsforderung anknüpfen liesse. Dass übrigens hier der Begriff der *negotiorum gestio* aufgestellt werden kann, ist zuzugeben; s. Thibaut a. a. O.

[200] Vergl. Mittermaier a. a. O. S. 314 ff. S. die Schlussbemerkung der Anm. [17] zu §. 121.

[1] Vergl. §. 113. Anm. [8]; wo die Kriterien dieser drei Vertragsarten und die äusseren Kennzeichen derselben in Zweifelsfällen näher angegeben sind. Käme es darauf an, eine ausdrückliche positive Grundlage für diese Art von Verträgen als eine besondere nachzuweisen, so wäre eine solche sowohl nach fr. 5. §. 2. *de Praescript. verb.* in dem *facio ut des* gegeben, mit Rücksicht darauf, wie gegenseitige Leistungen dieser Art unter dem Princip der heutigen Vertragslehre erscheinen, als in der hier möglichen einfachen Stipulation mit Rücksicht auf dieselbe Konstellation und den Inhalt des Vertrags.

[2] Ueber die Grundlage der obigen Sätze ist Folgendes zu bemerken. Dass die Dienstleistung allemal und nothwendig zu dem

2. Der versprochene Lohn muss bezahlt werden, sobald die Dienstleistung geschehen ist, und auch wenn sie nicht geschehen ist dann, wenn der, welchem dieselbe oblag, wenigstens nichts versäumt hat, sie zu erfüllen, jedoch dieses, wie soeben unter Nr. 1. bemerkt wurde, nicht ausschliesslich von seinem Willen abhing, mithin auch unter gleichen Umständen, wie der Dienstmiethlohn bei nicht geleiste-

Zweck, zu welchem sie in Anspruch genommen worden, geführt haben müsse, um die Forderung des Lohns geltend zu machen, und der Interessenforderung andererseits zu entgehen, ist im Allgemeinen nach Analogie des Mandats und der *negotior. gestio* nicht zu erfordern, s. §. 113. bei und in Anm. [29] und §. 114. bei und in Anm. [30]; nur dass der Dienstpflichtige überhaupt sachgemäs thätig werde, und sich im Streben nach dem Ziel, wo ein solches erst noch durch die Thätigkeit zu erreichen ist, keine Vernachlässigung zu Schulden kommen lasse, lässt sich als allgemein behaupten, denn dass er überhaupt aus dem Verhältniss in Anspruch genommen werden kann, erhellt aus fr. 1. §. 9. fr. ult. *de Extraord. cognitione.* So ist z. B. für die Möglichkeit der Forderungen aus Dienstleistungen der Aerzte, Advokaten, oder Lehrer nicht erforderlich, dass die Krankheit geheilt, der Prozess gewonnen werde, und der Schüler etwas lerne; versieht aber der Arzt etwas bei der Behandlung, oder der Anwalt bei Führung des Prozesses, so kann er daraus verantwortlich werden. Steht ferner z. B. ein Arzt in Jahrsgehalt, so ist es seine Schuldigkeit, auf geschehene Anzeige einer Erkrankung zu kommen und die Behandlung zu übernehmen. Unterlässt er das, so dass die Zuziehung eines anderen Arzts nöthig wird, — momentane schuldlose Abwesenheit, so dass die Zuziehung eines anderen nur durch die Dringlichkeit des Falls geboten wird, ist natürlich ohne alle weitere Folge wider ihn, — dem eine das vertragsmässige Salarium übersteigende Taxe gezahlt werden muss, so kann er ohne Zweifel auf die Differenzsumme als das Interesse in Anspruch genommen werden. Wenn dagegen z. B. Jemand seine Dienste anbietet, ein entlaufenes Pferd gegen eine Belohnung wieder zu schaffen, oder sie dazu in Anspruch genommen werden, so ist grosse Aufmerksamkeit darauf zu wenden, ob der Lohn nur für den Fall, dass es wiedergebracht werde, als verheissen zu betrachten ist, oder auf allen Fall für die Entwickelung der Thätigkeit zu dem Zweck überhaupt. Dies ist Sache der Auslegung. Auch mit der Forderung des Interesses verhält es sich in diesem Fall nach m. E. also. Ist der, welcher einen solchen Dienst zu leisten übernommen hat, ganz unthätig geblieben, so würde er auf ein Interesse höchstens dann in Anspruch genommen werden können, wenn seine Zusage den Verlierenden von der eigenen Nachforschung abhielt und ihr überhob, und sich zugleich nachweisen liesse, dass der Andere, wenn er nur in angemessener Weise thätig geworden wäre, das Pferd hätte finden müssen, allein hiermit nimmt der Fall schon einen besonderen, von einfacher Dienstleistung abweichenden Charakter an. Die Erwägung solcher und ähnlicher Fälle hat mir die im Text enthaltenen Unterscheidungen als hier maasgebend erscheinen lassen, von denen ich hoffe, dass sie ausreichend werden befunden werden. S. auch noch die nächstf. Anmm. — In Bezug auf diese Verpflichtung derer, welche einen Dienst zu leisten übernommen haben, ist im Besonderen noch zu gedenken, dass die abweichende Beurtheilung, welche sich im R. R. für den Fall findet, *si mensor falsum modum dixerit*, (sammt seinen Ausdehnungen, s. überhaupt *Dig.* XI. 6.) und wonach ein solcher nur wegen Benachtheiligung durch *dolus* und *culpa lata* haftet, jetzt ganz wegfallen muss. Sie beruht auf einem Gesichtspunkt, — *inter talem personam locationem conduct. non esse, sed magis operam beneficii praeberi, et id quod ei datur, ad remunerandum dari*, fr. 1. pr. *Si mensor*, — welcher im heutigen Recht entschieden verlassen ist, s. §. 113. Anm. [8]. Es mag dahin stehen, mit welchem Recht die Pandektenlehrbb. (s. z. B. Mühlenbruch §. 431. Puchta §. 378.) hier ausschliesslich römisches Recht vortragen; Unterholzner jedoch, a. a. O. S. 376. a. E. giebt wenigstens einen heutigen abweichenden Gerichtsbrauch zu. Ich muss aber vielmehr eine organische Aenderung als nothwendig behaupten. Glück Bd. XI. S. 385. unterscheidet, je nachdem die Ausmessung von einem Gelehrten nach den Regeln der Kunst geschehen, und wenn sie von solchen Personen, die sich dazu für Lohn dingen lassen, und sich davon nähren, geschehen sei; letzteren Falls sei *loc. cond. operarum* anzunehmen. Dieser Unterschied ist ebenso grundlos, vorausgesetzt, dass

ten Diensten vom Miether gefordert werden kann[3], wogegen ebensowenig wie jener bei unterbliebener Leistung der vermietheten Dienste aus Veranlassungsgründen, die in der Person des Vermiethers liegen, hier die Vergeltung dem Dienstpflichtigen zukommt, wenn solche Gründe auf seiner Seite eintreten[4]. Bei der Dienstleistung der Mäkler und Unterhändler zum Abschluss von Rechtsgeschäften zwischen anderen Personen kann jedoch der Mäklerlohn nach allgemeinem Gebrauch nur dann gefordert werden, wenn das beabsichtigte Geschäft wirklich zu Stande gekommen ist[5]. Der Betrag der Vergeltung unterliegt der freien Uebereinkunft, doch ist das Versprechen des Kranken an den Arzt während der noch fortdauernden Behandlung in Ansehung der Summe ungültig[6], ingleichen der Vertrag zwischen

der Gelehrte einen Lohn zu fordern berechtigt ist, als es an allem Recht mangelt, Dienste dieser Art darum jetzt als Gegenstand der *l. c. operar.* zu betrachten, weil davon sich eine Klasse von Leuten nährt; s. auch schon Stryk *Usus mod. ad h. tit.* §. 2. (Dieser, wie *Huber*, *Prael. ad Pand. h. t.* §. 1., auf welche sich Glück des Unterschieds wegen mit bezieht, sprechen davon gar nicht.) Dagegen ist die aufgeworfene Frage von der Berechtigung hier allerdings von Bedeutung. Eine solche nun ist, abgesehen von dem Fall, da die Feldvermessung, gleich anderen Künsten, jetzt als ein Gewerbe gegen Lohn getrieben wird, im Zweifel immer anzunehmen, möge sie auch vom grössten Astronomen und Mathematiker übernommen worden sein, gerade wie wenn der grösste Operateur und Vorsteher eines chirurgischen Klinikums (im örtlichen Gebiet seiner gewöhnlichen Praxis) die geringste wundärztliche Hülfe leistet. Wäre eine Arbeit der Art aber aus Gefälligkeit übernommen worden, so würde ihr Resultat als Geschenk erscheinen, für dessen Werth der Schenker wieder nicht verantwortlich ist, es sei denn, dass er sich ausdrücklich für die Richtigkeit einzustehen anheischig gemacht und die nachtheiligen Folgen davon übernommen habe. — Es ist endlich über den zu vertretenden Begriff der Verschuldung hier noch darauf aufmerksam zu machen, dass, in sofern zur Leistung von Diensten die Anwendung einer Kunst oder Wissenschaft gehört, sich ein absoluter Maasstab weder an die individuellen Kräfte, noch an das Resultat legen lässt, dass es mithin zur Abwendung der Verschuldung ausreicht, wenn nur von seinem Standpunkt und dem von ihm beherrschten Kreis des Wissens aus keine *culpa* sich ihm vorwerfen lässt; denn überhaupt ist das Ansprechen eines solchen Dienstes mit eine Sache des Vertrauens, wobei sich Derjenige, welcher eines solchen bedarf, vorsehen mag.

3 Vergl. vor. §, Anm. 132. Diese Analogie findet ausdrücklich Anerkennung in fr. 19. §. 10. und fr. 38. §. 1. *Locati.*

4 C. 11. *de Cond. ob caussam dat.*

5 Diese Bedingung wird von Vielen ausdrücklich hervorgehoben, s. z. B. Schweppe Röm. Priv.-R. §. 613. *d.* Unterholzner a. a. O. S. 374. 3. a. E. Andere gedenken derselben nicht; m. W. ist dieser Gebrauch wirklich allgemein und es behauptet Niemand das Gegentheil. Die Zurückführung auf eine Analogie der *c. un. de Suffragio*, welche Unterholzner vorschlägt, scheint mir zu gesucht. Der besondere sog. *contractus suffragii*, welcher in der genannten Konst. genauer geordnet wird, (s. aber Nov. 8. c. 1.) ist nach m. E. als praktisch durchaus zu leugnen. Zwar wird er in der Regel ausdrücklich nicht dafür erklärt, sondern man stellt ihn danach dar, als wenn er noch vollkommen anwendbar wäre, s. z. B. Glück Komm. Bd. XVIII. S. 107 ff., und hat höchstens einige Restriktionen hinzugefügt; ja Puchta §. 315. a. E. beschränkt diesen Kontrakt nicht einmal auf Unterstützung von Bittgesuchen beim Regenten, sondern spricht sogar von solchen ohne weiteren Unterschied, an wen sie gerichtet seien. Allein die ganze *caussa* dieses Kontrakts, dessen Ursprung von einer tiefen sittlichen Entartung zeigt, muss nach unseren Begriffen offenbar für eine *turpis* betrachtet werden, vergl. §. 83. Anm. 20; dies ist auch von Mehreren bestimmt anerkannt, s. Schweppe a. a. O. 6 und Göschen Vorles. §. 493. a. E.

6 C. 9. *de Professor.* — Die heutigen gesetzlichen Taxen für Aerzte überhaupt, wie für mancherlei andere Personen in Ausübung von Künsten oder Wissenschaften, sind partikularrechtlicher Natur, und danach ist die Frage zu beurtheilen, ob eine sie übersteigende konventionelle Festsetzung einer höheren Summe statthaft ist. Im Zweifel lässt sich das nicht verneinen.

einem Rechtsanwalt und seinem Klienten vor Beendigung der Verhandlungen des ihm übertragenen Geschäfts, namentlich wenn er einen Siegeslohn oder einen Antheil am Streitgegenstand betrifft[7]. Für Dienstleistungen mancher Art, welche fortlaufende sind, pflegt ein Jahrgehalt als Lohn ausgesetzt zu werden; für diesen gilt das Eigenthümliche, dass er fest bestimmt sein muss[8], und dass derselbe auch dann für das ganze Jahr nachgezahlt werden muss, wenn der Dienstpflichtige im Lauf desselben unfähig geworden ist, um Dienste zu leisten[9]. — Eine Vergütung der bei der Dienstleistung nöthig werdenden Auslagen[10] kann jedoch der, welcher den Dienst leistet, keineswegs schlechthin fordern, sondern hierfür kann in Ermangelung einer näheren Beabredung nur Sitte und Gebrauch, und eine Berücksichtigung der Umstände entscheiden, diese nämlich, in sofern die, unter welchen die Dienstleistung beabredet ist, im Vergleich zu denen, unter welchen sie gefordert wird, gar keine oder geringere Auslagen dabei nöthig machten. Es kommt also, mit anderen Worten, auf die Ermittelung der Paciscenten bei Abschluss des Vertrags durch dessen Auslegung an; im Zweifel aber wird ausser dem Lohn keine besondere Erstattung der Auslagen gefordert werden können[11].

[7] Die diese Verträge betreffenden Stellen, c. 5. 6. §. 2. *de Postulando*, fr. 7. *Mandati*, fr. 1. §. 12. *de Extraord. cogn.* (c. 20. pr. *Mandati*, c. 15. *de Procurator.;* ob die K. G.-O. von 1555. Thl. I. Tit. 46. und der Dep. Absch. von 1557. §. 50. (42.) gerade diese Verträge meinen, lässt sich nicht bestimmt sagen), haben zu manchen Meinungsverschiedenheiten geführt, s. Schmid Handb. des Prozesses Thl. I. S. 239. Das im Text angenommene Resultat hat das Meiste für sich, s. bes. Jordan im Archiv Bd. XII. S. 206., die Bestimmung des in fr. 1. §. 12. *d.* bestimmten Maximums von 100 Goldstücken ist ausser Gebrauch; s. dens. S. 216. Linde Proz. §. 127.[8] und Schmid a. a. O. Ueberhaupt aber hat die Doktrin das Weitere über diese Verträge den allgemeinen Lehren des Prozesses überwiesen.

[8] Arg. 56. §. 3. *Mandati.*

[9] Arg. c. 15. §. 1. *de Advoc. divers. jud.*, vergl. Unterholzner a. a. O. S. 377. a. E.

[10] Der oben berührte Punkt ist ein sehr schwieriger für die Entscheidung in den Einzelfällen; für ganz falsch muss ich aber Unterholzner's a. a. O. S. 376. auf c. 1. *Mandati* gestützte Ansicht halten, dass hier immer Ersatz der Auslagen gefordert werden könne; was beim Mandat gilt, lässt sich keineswegs schlechthin hierher ziehen. So z. B. werden dem Mäkler, dem ein Mäklerlohn versprochen worden, niemals ohne ausdrückliches Versprechen auch die Korrespondenz- oder Reiseauslagen gut gethan. Wer dagegen, auf dem Lande wohnend, einen Arzt gegen festen Jahresgehalt angenommen hat, von dem ist ohne Zweifel anzunehmen, dass er ihn, wenn er ihn braucht, in seinem Wagen holen lassen oder die Reisekosten ersetzen wolle, der Arzt also diese nicht tragen solle. Ebensowenig kann dies dann beanstandet werden, wenn in einem solchen Fall der Patient zwar anfänglich mit dem Arzt in derselben Stadt wohnt, aber im Sommer aufs Land zieht, und nun wiederholt seiner Besuche bedarf. Dass umgekehrt wieder einem Feldmesser besondere Auslagen, z. B. für eine anzufertigende Zeichnung, oder für seinen Unterhalt an einem gewissen Ort, wo er sich zur Ausführung jenes Geschäfts längere Zeit aufhalten muss, ohne vorherige Beabredung zu ersetzen seien, lässt sich nicht behaupten. Hiernach habe ich den Textsatz aufstellen zu müssen geglaubt. Die Entscheidung im Zweifel aber schien mir dadurch geboten, dass, wenn für eine Dienstleistung eine Vergeltung festgesetzt ist, offenbar die zur Ausführung dieser Leistung nöthigen Kosten Sache dessen sind, der sie übernommen hat, um das Lohn zu verdienen, und aus der ausdrücklichen Bestimmung einer Summe der Gegenleistung geschlossen werden muss, dass darin diese ganz bestehen solle, und nicht zu vermuthen ist, dass sie stillschweigend auch noch andere Leistungen umfasse.

[11] Den unter Nr. I. dargestellten Grundsätzen im Ganzen analog muss auch das Verhältniss zwischen dem Staat und seinen Dienern und Beamten, und zwischen Gemeinden und Korporationen und sonstigen Dienstherren und den in Bezug auf die Besorgung und Verwaltung der ihnen übertragenen Angelegenheiten angestellten Personen beurtheilt werden. Allerdings ist das Staatsdienstverhältniss zum

II. Es ist möglich, dass Dienste, welche sowohl Gegenstand der Dienstmiethe, als des Mandats, als endlich der unter Nr. I. gestellten Dienstleistung im engeren Sinn sein könnten, geleistet und angenommen werden, ohne dass dem, welcher sie leistet, ein Lohn oder eine Vergeltung dafür vorher bestimmt worden ist. In Ermangelung eines Versprechens könnte also eigentlich auch kein Anspruch der Art erhoben werden. Wenn jedoch die Dienste solche sind, für welche eine Bezahlung

grössten Theil von staatsrechtlicher Natur, und das der Beamten, der Gemeinden und Korporationen u. s. w., wegen deren meist in das Gebiet des Staatsrechts fallenden Zwecke und Organisation, und deren Statt findender allgemeiner Beaufsichtigung von Seiten des Staats, nicht weniger; ferner kann die Vernachlässigung seiner Obliegenheiten von Seiten des Staats- oder Gemeinde- oder sonstigen öffentlichen Beamten, oder das Zuwiderhandeln, einen verbrecherischen Charakter annehmen und so dem Strafrecht anheimfallen. Nichtsdestoweniger aber ist auch in Betreff der vermögensrechtlichen Beziehungen ein vollkommenes privatrechtliches Verhältniss vorhanden, so dass der Diener und Beamte einmal in dieser Hinsicht dafür verantwortlich wird, was kraft seines Amts ihm zu besorgen und zu verrichten oblag, und er die verschuldeten Ausfälle zu tragen hat, und dass er andererseits auf seinen Gehalt oder die anderweiten ihm gebührenden Dienstemolumente und Vortheile einen wohlbegründeten Anspruch hat. Der Grund dieses Verhältnisses ist der Dienstvertrag, und soviel auch politische und staatsrechtliche Elemente wiederum diesen durchdringen und beherrschen, so ist er doch in jenen Beziehungen von privatrechtlicher Natur, und also nach den allgemeinen civilrechtlichen Grundsätzen von den Verträgen und im Besonderen nach der angedeuteten Analogie zu beurtheilen. Je weniger nun aber einem Dienstvertrag dieser Art zahlreiche besondere Bestimmungen zu fehlen pflegen, desto mehr kommen diese vor allen Dingen dabei in Betracht. Nach den allgemeinen Grundsätzen muss namentlich, wenn das Dienstverhältniss auf Lebenszeit eingegangen wurde, sowohl dem Diener der Gehalt für diese Zeit auch dann gezahlt werden, wenn von seinem Dienst kein Gebrauch gemacht wird, es sei denn, dass besondere rechtliche Gründe eintraten, ihm diesen zu entziehen, und vorausgesetzt, dass er den Dienst zu leisten bereit und fähig ist und bleibt, — als auch andererseits der Diener die versprochenen Dienste Zeitlebens leisten, und im Fall des vertragswidrigen Rücktritts Entschädigung dafür gewähren. Ist dagegen die Unwiderruflichkeit der Anstellung nicht ausdrücklich ausgemacht worden, so steht jedem Theil die einseitige Kündigung jeder Zeit frei. Indessen muss ich mich mit diesen Andeutungen hier begnügen, da dieses ganze Thema jeden Falls nicht von civilrechtlicher Natur ist, und füge daher nur noch Folgendes hinzu. Es ist bekannt, wie ausserordentlich bestritten die rechtliche Grundlage und Natur des Verhältnisses zwischen dem Staat und seinen Dienern überhaupt ist, vergl. darüber Klüber öffentl. R. des deutsch. Bunds, §. 492. [a]) und [b]), und Buddeus im R.-Lexikon, Bd. I. S. 744 ff. u. bei beiden die Lit. Ferner auch die jurist. Zeit. von Elvers Jahrg. 1828. S. 25 ff. 181 ff. 189 ff. Dass dabei sehr gemischte Elemente vorwalten, aus welchen seine Beurtheilung hervorgehen muss, ist allgemein anerkannt, dagegen aber gehen die Meinungen in dem Hauptresultat so auseinander, dass die eine äusserste Parthei den Staatsdiener zum willenlosen Werkzeug der Regierung macht und ihm gar keine Rechte einräumt, während die andere ein ganz einfaches Kontraktsverhältniss annimmt. Gewiss ist eine so unrichtig, wie die andere. Mag nun dieser Gegenstand im Ganzen den Publicisten auszufechten überlassen bleiben, so sind nach m. E. die angedeuteten vermögensrechtlichen Beziehungen desselben, wenn auch die übrigen, als solche nicht zu leugnenden kontraktlichen Elemente des Verhältnisses, also namentlich um nur einiger Beispiele zu gedenken, bezüglich der Fragen von dem Anspruch auf Ehrengerechtsame, Versetzbarkeit, Schutz in der Amtswirksamkeit u. s. w. u. s. w., noch so sehr von politischen Rücksichten durchdrungen sind, von unleugbar privatrechtlicher Natur, und die in diesem Gebiet entstehenden Fragen können unmöglich nach anderen als privatrechtlichen Grundsätzen entschieden werden. Dass dieser Vertrag im R. R. nicht als ein besonderer vorkommt, ist ebenso gleichgültig, als dass sich das Verhältniss der römisch- und byzantinisch-kaiserlichen Staatsbeamten nach dem römischen *jus publicum* vielleicht nicht auf einen solchen zurückführen lässt, vergl. übrigens darüber c. 1. *de Annon.* c. 1. §. 4. c. 2. §. 18.

hergebracht und üblich ist, und sie von solchen Personen geleistet worden sind, welche sie dafür zu leisten pflegen, also ein Gewerbe davon machen, so begründet deren Annahme für den, der sie geleistet, wider den Empfänger einen Anspruch auf das dafür hergebrachte und übliche Lohn. Da nun in Fällen dieser Art in Betreff solcher Dienste, welche Gegenstand einer Dienstmiethe sein können, nicht leicht kein solcher Vertrag stillschweigend als eingegangen wird betrachtet werden können[12], indem auch die stillschweigende Voraussetzung, dass das übliche Lohn

19. 23. *de Officio Praef. Praet.* Nov. 8. 24. 30. *Edict. Justin.* 4. 8. 13. Sintenis Anh. zum deutsch. Corp. Jur. Bd. VII. S. 992 ff. Walter R.-Gesch. S. 399. Burchhardi Lehrb. des R. R. Bd. I. S. 276. Müssen wir von dem Standpunkt unseres Staatsrechts aus das Verhältniss in jenen Beziehungen als privatrechtliches anerkennen, so ergeben auch die allgemeinen Grundsätze von den Verträgen einen Maasstab, dieses zu messen. Allerdings aber fehlt nun dem Staatsdienstvertrag überhaupt die civilistische Grundlage, und so ist er auch in seinen privatrechtlichen Beziehungen in das Staatsrecht zu verweisen. Ueber diese in den oben angedeuteten Hauptrichtungen ist auch gegenwärtig kein Streit; vergl. die jurist. Zeitung a. a. O. S. 25 ff. 46 ff. und gegen den dort S. 181 ff. und 189 ff. erhobenen (ziemlich unbegreiflichen) Widerspruch ebendas. S. 461 ff. Ferner Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. Nr. 18. Bd. VI. S. 16. und 93. und die dort cit. Stellen früherer Bände, Klüber a. a. O. §. 487. a. E. und §. 492. und Buddeus a. a. O. S. 747 ff. — Es ist nun noch das Verhältniss der Gemeindebeamten und derer anderer Korporationen übrig. Hierüber finden sich namentlich bezüglich des Gemeinwesens der Städte zahlreiche Bestimmungen im R. R., s. besonders die Titel der Pandekten 50. 8. *de Administrat. rer. ad civit. pertinent.* und des Codex XI. 30. 33. 35. 38. Hierbei ist jedoch von einer Gegenseitigkeit keine Rede, indem die städtischen Beamten keinen Gehalt bezogen, sondern die Verwaltung ein *munus* war. Nach jenen und mehreren anderen Stellen besteht vielmehr hier aus dem Amt nur eine einseitige Verpflichtung des Beamten zur *praestatio omnis culpae* aus der Verwaltung des Amts, (fr. 6. *de Admin. rer.* fr. 3. §. 1. fr. 9. §. 1. 4. fr. 21. *Ad Municipal.*) für ausgeliehene Gelder schlechthin, (fr. 9. §. (3.) 9. *eod.*) zur Rechnungslegung, wobei Anfechtung der Rechnung nach 20 Jahren, und gegen die Erben nach 10 Jahren ausser wegen Rechnungsfehlers nicht mehr statthaft ist (fr. 13. §. 1. *de Divers. temporal.* fr. 8. *de Admin. rer. c. un. de Errore calculi*). Mehrere solche Beamte, welche für dasselbe Amt bestellt werden, haften bei ungetheilter Verwaltung (*si non separatim, sed pro indiviso munus injungitur, et ita, ut unusquisque periculo soliditatis videatur obstrictus*) *in solidum*, (wegen der *exceptio divis.* s. fr. 45. *de Admin. et periculo tutor.*) und nur der, welcher ihn zunächst herbeigeführt hat, an erster Stelle (c. 1. 2. *Quo quisque ordine*); bei getheilter Verwaltung (*separatis portionibus*) haftet zuvörderst der, welcher für das fragliche Geschäft berufen war, (c. 2. *d.*) und seine Erben, seine Mitbeamten nur, wenn sie für den Schaden mit einstehen sollten, oder ihn zu verhüten im Stande waren, und in sofern in Schuld sind (c. 3. 4. *eod.*, die letztere verstehe ich so, s. auch fr. 9. §. 8. *de Admin. rer.*). Ausserdem bestehen noch besondere Bestimmungen für die Ernenner und Bürgen solcher Gemeindebeamten (s. fr. 2. §. 7. *eod.* c. 2. *Quo quisque ordine*). Wenn nun zwar diese Vorschriften in den Pandektenlehrbb. noch ohne weiteren Zusatz zu figuriren pflegen (s. selbst Puchta §. 358.), so muss ich dieselben doch mit der römischen Städteverfassung selbst als antiquirt betrachten, vergl. §. 15. Bd. I. S. 128. Nr. IV. a. E. u. das. Anm. [18], und vielmehr das Verhältniss der Gemeinde- u. anderer Korporationsbeamten dem der eigentlichen Staatsdiener ganz analog beurtheilen. Vergl. noch Buddeus a. a. O. S. 738. Dasselbe endlich muss von anderen öffentlichen Beamten, welche weder zu diesen noch zu jenen gehören, gelten, wie landständischen, Patrimonial- und standesherrlichen, Kirchenbeamten, u. s. w., s. über solche dens. S. 736. und S. 760. a. E. und dort die Lit.

[12] Vergl. §. 83. [65] a. E. Hierin beruht ein Hauptunterschied dieser Fälle nach heutigem und nach R. R. Während nämlich nach letzterem dann keine *l. c. operarum* als eingegangen vorlag, s. §. 1. *I. de Locatione*, fr. 22. *de Praescr. verb.*, ist gegenwärtig unbedenklich eine solche anzunehmen; und da ferner nach Erweiterung des Kreises von Beschäftigungen und Verrichtungen, welche als Erwerbszweige betrieben werden, und wofür somit ein Lohn beabredet werden kann, Konventionen der Art sehr ge-

dafür gezahlt werden solle, das Erforderniss der Bestimmtheit des Lohns ersetzen würde, so sind hier nur Dienstleistungen solches Inhalts übrig, welche zwar auch Inhalt eines Mandats sein können, worüber jedoch ein solches nicht ausdrücklich geschlossen worden, und auch, was denn allerdings seltener zutreffen wird, nicht als stillschweigend eingegangen angesehen werden kann, und solche, welche Gegenstand der unter Nr. I. gedachten Dienstleistung zu sein pflegen, wenn kein Lohn dafür ausgemacht worden ist. Es sind also die konkreten Umstände, die den Einzelfall begleiten, aus welchen dessen rechtliche Beurtheilung zu entnehmen ist; immer aber werden solche Fälle dem Mandat gegen Honorar oder der Dienstmiethe als verwandt erscheinen, und bei entstehenden Fragen ihnen analog zu beurtheilen sein. Gemeinsam ist allen nur einmal die sich von selbst verstehende Nothwendigkeit zu einer Vergeltung bei einer geschehenen Annahme solcher Leistungen, mögen sie übrigens gefordert oder angeboten worden sein, und dann der Betrag dieser Gegenleistung nach den üblichen, nöthigen Falls durch Schätzung Sachverständiger zu ermittelnden Preisen. Das Weitere unterliegt hier dem richterlichen Ermessen und dieser Taxe. Für den Mäkler gilt hier das Besondere, dass, wenn auch seine Dienstleistung beiden Kontrahenten eines Geschäfts zu Statten gekommen, er den Lohn doch nur von dem fordern kann, der ihn dazu aufgefordert hat[13].

§. 120.

Die eigenthümliche Verantwortlichkeit der Gast- und Stallwirthe und Schiffsführer aus der Aufnahme Reisender für deren eingebrachte Sachen.

Das Verhältniss eines Gast- oder Stallwirths, der Reisende mit ihren Sachen und Vieh, oder eines Schiffers, welcher Passagiere aufgenommen hat, ist im Allgemeinen, in sofern es Beherbergung, Bedienung und Beköstigung und sonstige Be-

wöhnlich geworden sind, so ist nicht nur rücksichtlich der Zahl der im R. R. vorkommenden Fälle von Dienstleistungen dieser Art, welche dem Verhältniss mit *extraordinaria cognitio* reservirt waren, (s. fr. 1. pr. §. 1.—14. *de Extraord. cognit.* Unterricht in Wissenschaften und gemeinnützigen Kenntnissen, Leistungen der Schreibekünstler, Rechnungsverständigen, Aerzte, Zahnärzte, Geburtshelfer, Ammen u. s. w., fr. 3. *de Proxenet.* Mäkler) die Veränderung eingetreten, dass für jede ohne Unterschied ein bestimmter Lohn beabredet werden kann, sondern auch in sofern, als, wenn dies nicht ausdrücklich geschehen, die Möglichkeit der Annahme einer stillschweigenden Bestimmung desselben ein anderes Vertragsverhältniss als hergestellt betrachten lassen kann. Es würde daher in der That an einem praktischen Grunde der Unterscheidung der unter Nr. II. gedachten vertragsartigen Obligationsform fehlen, sobald man annehmen dürfte, dass immer, wenn überhaupt eine Obligation zur Gegenleistung eines Lohns entsteht, dieser zugleich durch stillschweigende Uebereinkunft auf den üblichen und gewöhnlichen Betrag beabsichtigt sei. Da sich jedoch diese Annahme nicht mit solcher Sicherheit aufstellen lässt, dass nicht das Gegentheil möglich wäre, so musste dieselbe beibehalten werden. — Es ist endlich hier noch zu bemerken, dass die römische Ansicht in fr. 1. §. 4. 5. *de Extraord. cogn.* rücksichtlich der Philosophen und Rechtslehrer, wenn sie überhaupt ernstlich gemeint ist, seitdem gewichtigeren Gründen völlig unterlegen ist. Mittheilungen aus der Praxis höchster Gerichte hierüber s. in d. Ztschrft. N. F. Bd. VII. S. 1 ff. v. Schäffer.

[13] Eigentlich versteht sich das von selbst, und ich hebe es nur etwanigen Zweifels wegen hervor; s. auch Puchta §. 315. a. E. Uebrigens ist das Institut der Mäkler im Handelsrecht bedeutend ausgebildet, und gehört soweit diesem an. — Dass für die heutigen Verhältnisse der Mäkler nur für *dolus* hafte, (vgl. fr. 2. *de Proxenet.*) lässt sich nicht mehr behaupten. Im R. R. ist die Veranlassung dazu nur der Mangel der Auffassung desselben als förmlichen Vertrags, der heutzutage niemals zu leugnen sein wird.

sorgung von Bedürfnissen derselben betrifft, eine Zusammensetzung von Miethe, Kauf und Dienstleistung, und in den betreffenden Beziehungen hiernach zu beurtheilen. Dagegen aber findet eine besondere, namentlich im Vergleich zu den sonstigen allgemeinen Verpflichtungen aus dem Miethkontrakt, strengere Verantwortlichkeit der Gast- oder Stallwirthe, sowie der Schiffsführer, denen Floss- und Kahnführer hierin gleichgestellt sind[1], in sofern Statt, dass sie den Einkehrenden und

[1] Für diese besondere Verpflichtung entsteht zuerst die systematische Frage, ob sie nicht eigentlich zum Miethskontrakt gehöre, und also keinen Anspruch darauf habe, als eine besondere Obligationsart aufgeführt zu werden, — ferner, mit welchem Recht sie in dieser Abtheilung des Systems erscheine? Von denen, welche, wie ich, die einzelnen Obligationen im Allgemeinen nach der römischen Grundlage der Eintheilung darstellen, wird dieselbe theils zu den Quasidelikten, theils zu den Quasikontrakten gezählt; für den Anschluss an die Verträge spricht denn allerdings deutlich entscheidend fr. 3. §. 1. und fr. 4. §. 2. *Nautae, caupones etc.* (fortan *h. t.* citirt), indessen stellt sie m. W. keiner zu den gegenseitigen Obligationen, ausser Pfordten civ. Abh. S. 327. [2], und Vangerow a. a. O. S. 435. (der diese Eintheilung überhaupt nicht hat) bringt sie unter den Konsensualverträgen zu der besonderen Abtheilumg der „Pacht- und Miethverträge und damit verwandten Obl.-Verhältnisse.“ Diesen letzteren Gesichtspunkt halte ich ebenfalls für den richtigen, denn dass hier ein Miethsverhältniss im Grunde vorliege, erkennt die cit. Stelle ausdrücklich an. Es ist also in der That nur die für Fälle dieser Art weiter reichende Verpflichtung, (*quia in locato et conducto culpa, in deposito dolus duntaxat praestatur, at hoc Edicto omnimodo, qui recepit, tenetur, etiamsi sine culpa ejus res periit vel damnum datum est, nisi si quid damno fatali contigerit*) welche die prätorische *de recepto actio* charakterisirt, und da das Formelwesen der Klagen verschwunden ist, so stände eigentlich nichts entgegen, dieselbe für das heutige Recht der *loc. cond.* anzureihen, und es scheint sogar, dass dies systematisch am richtigsten sei. Ich habe mich in der That zum Theil dadurch zur besonderen Bildung dieses §. mit bestimmen lassen, dass man einmal gewohnt ist, ihn als besonderen zu finden; indessen berechtigt dazu doch auch der Inhalt des Verhältnisses zwischen Gastwirth und Fremden u. s. w., wonach es als eine solche, wie im Text gedachte Mischung erscheint, und danach konnte es denn auch nur in dieser Unterabtheilung seine Stelle angewiesen erhalten. — Die Art des Zustandekommens des Verhältnisses, indem bei uns regelmässig die Preise nicht vorher behandelt werden, sondern die Entrichtung der üblichen und taxmässigen als beiderseits vorausgesetzt zu denken ist, hat dagegen an sich nicht gerade etwas Ausgezeichnetes; wenigstens ist es z. B. mit jeder *l. c. operis* ebenso, wenn Jemand bei einem ihm übrigens ganz unbekannten Handwerker, der ein Schild über der Thür hat, ohne Weiteres eine Bestellung gemacht hat; nur in sofern man in dem *salvum fore recipere* eine besondere stillschweigende Zusage der eigenthümlich strengeren Verpflichtung fände, würde das anzunehmen sein. S. Glück a. a. O. S. 112 f. Indessen kann ich das nicht finden, (vergl. Anm. [8]) sondern muss vielmehr die letztere als eine gesetzliche Folge der Aufnahme Reisender unter den hier vorausgesetzten Umständen betrachten. Mit der Frage vom Zustandekommen des Verhältnisses hängt denn auch die nach den anscheinend widersprechenden fr. 1. §. 1. *h. t.* und fr. un. §. ult. *Furti adversus nautas* zusammen, ob der Gastwirth verpflichtet sei, die bei ihm einkehren wollenden Reisenden anzunehmen, oder ob er sie zurückweisen dürfe. Ueber die grosse Zahl verunglückter Vereinigungsversuche s. Madai in der Zeitschrift Bd. XVIII. S. 376 ff. Die richtige Ansicht ist die, dass in der letzten Stelle nicht von einer rechtlichen Nothwendigkeit die Rede ist, sondern nur gesagt sein soll: er könne sie ja doch nicht abweisen, d. h. in seinem eigenen Interesse; s. Huschke in der Tübinger Zeitschrift Bd. III. S. 23 ff., von dem diese Erklärung herrührt. Dieselbe ist angenommen von Puchta §. 314. [c], Vangerow a. a. O. S. 438. und Schröter in Schunk's Jahrb. Bd. XI. S. 3 ff. Vergl. jetzt auch Schuster in Haimerl's Magaz. Bd. XI. S. 65 f. Ganz deutlich wird auch die Willkühr des Gastwirths, Reisende abzuweisen, in dem *pati* und *permittere* des fr. 5. pr. *h. t.* anerkannt. — Was nun die eigenthümliche Strenge dieser Verantwortlichkeit betrifft, so hat sie allerdings vorherrschend auch einen historischen Grund, fr. 3. §. 1. *d.* (*reprimendae improbitatis hoc genus*

Reisenden für jedes Ereigniss einstehen müssen, wodurch deren aufgenommene

hominum) und es haben daher besonders manche Aeltere versucht, bei hierin gänzlich veränderten Verhältnissen die Anwendbarkeit der hierauf bezüglichen Bestimmungen zu bestreiten, indessen ohne genügenden Grund, s. Glück Komm. Bd. VI. S. 111 ff. Koch, das gem. und preuss. Obl.-R. Bd. III. S. 827. Vangerow a. a. O. S. 439. Auch giebt ja fr. 1. §. 1. *h. t.* noch einen besonderen hiermit nicht zusammenhängenden Grund an: *quia necesse est, plerumque eorum fidem sequi, et res custodiae eorum committere*, welcher gerade bei uns eine noch ungleich weitere Ausdehnung als bei den Römern gefunden hat. Die Eigenthümlichkeit dieser Vorschriften ist nun der Grund, weshalb sie auf diejenigen Personen beschränkt bleiben müssen, auf welche sie ursprünglich berechnet sind. Ausdrücklich im Edikt genannt sind: *caupones*, d. h. die ein Gasthaus zur Einkehr halten, *institoresve eorum*, fr. 1. §. 5. *h. t. stabularii*, welche fr. 5. pr. *h. t.* als solche bezeichnet werden, die *jumenta* bei sich zu stellen gestatten, und *nautae*, d. h. hier, *qui navem exercent*, s. fr. 1. §. 2. *h. t.* (im weiteren Sinn: *qui navis navigandae caussa in nave sunt*) also der Rheder. In Vergleich zu den ersteren sind nun nicht hierher zu rechnen: blosse Speise- und Schenkwirthe, Kaffeehäuser u. s. w., d. h. solche, zu denen man nur auf Stunden geht, um etwas zu geniessen, oder sich zu unterhalten, ohne dass Fremde mit ihren Effekten bei ihnen absteigen und einkehren, um sich dort aufzuhalten und zu herbergen. Vergl. Glück Komm. Bd. VI. S. 107 f. Dass auch andere Personen, „welche Fremden gewerbmässig Wohnung geben," wie Puchta §. 314. sagt, also etwa Privatleute, welche zu Zeiten Zimmer, auch wohl Gastwirthen zur Aushülfe, (wo rücksichtlich dieser freilich der Fall als gleich zu beurtheilen wäre) abgeben, oder möblirte Zimmer tageweis vermiethen, den Gastwirthen gleich zu stellen seien, finde ich in den dazu cit. fr. 1. §. 5. fr. 2. 3. §. 2. *h. t.* nicht gesagt, alle diese Stellen sprechen von eigentlichen *caupones* und *cauponam exercentes*, was man doch von jenen nicht sagen kann; ich glaube, dass man zu einer solchen Ausdehnung in keiner Weise berechtigt ist, s. auch Glück a. a. O. S. 125. (Das Nämliche muss auch, um das gleich hier zu bemerken, von solchen gelten, die in ähnlicher Weise Stallung vermiethen.) Gesetzt also selbst, es hielte Jemand ein ganzes Haus oder Stockwerk, um Fremde in gleicher Weise zu logiren, wie in einem Gasthof (chambre garnie) nur, dass sie ausser dem Hause ässen, ja erhielten sie selbst dort ganz oder theilweise Beköstigung, so bin ich doch der Meinung, dass nur der ausgesprochene Charakter der Gastwirthschaft auch die Verpflichtung begründen kann, also die Eigenschaft eines öffentlichen Hauses, ein Gastschild, u. s. w., worüber die heutzutage wohl überall erforderliche Koncession nicht in Zweifel lassen wird. S. auch schon Glück a. a. O. S. 124 f. Ebensowenig kann Derjenige, welcher ein Schiff zu eigenen Bedürfnissen führt, wenn er Jemanden für Geld mitnimmt, und dies nicht gewerbsmässig treibt, als *nauta* angesehen werden. — Die *stabularii* werden von Mehreren als solche bezeichnet, die Pferde in ihren Stallungen aufzunehmen pflegen; der Begriff *jumenta* aber bezieht sich auf Zug- und Lastvieh überhaupt. Hier nun scheint mir eine Ausdehnung auf Vieh aller Art so unbedenklich als nothwendig, und diese in der That nur eine logische Interpretation zu sein; auch hat ja die Erwähnung der *jumenta* in fr. 5. pr. *d.* keineswegs den Charakter der exklusiven Definition, (vergl. auch *Dirksen Manuale font. latin. h. v.* und *stabulum*) und da das Bedürfniss, mit anderem Vieh unterwegs einzukehren und es bei Stallwirthen unterzubringen, in keiner Weise verschieden ist, so darf mit Sicherheit angenommen werden, dass der, wer dazu Stallung gewerbmässig hergiebt, auch als *stabularius* haften müsse. Den *nautis* endlich sind in fr. 1. §. 4. *h. t.* die *exercitores retium* und *lintrarii*, wenn sie auch nicht im Edikt genannt seien, gleich beurtheilt worden. Auch das ist offenbar nur eine logische Interpretation des Begriffs *nauta* im oben angegebenen Sinn (vergl. Glück a. a. O. S. 126. a. E. und Vangerow a. a. O. S. 439.), denn ob ein *nauta* ein Fahrzeug zur See (*navis*) führt, oder auf einem Fluss (s. *Brisson. de V. S. v. lintrarius*), das muss zu dem hier vorwaltenden Zweck für ebenso gleichgültig erachtet werden, als wenn er statt eines Flussfahrzeugs ein Floss hat, worauf ja auch Passagiere mitgenommen zu werden pflegen. Von hier aus, und gestützt auf dieses Beispiel, sind nun aber vermittelst der Analogie noch viele andere Ausdehnungen versucht worden, namentlich auf Postmeister, Landkutscher und Fuhrleute, und dieses Thema ist sehr häufig bearbeitet

Sachen, mögen diese ihnen oder Anderen gehören[2], beschädigt, verdorben oder vernichtet und abhanden gebracht werden[3], ausgenommen, wenn unabwendbare Naturereignisse, oder eigene Verschuldung, Unvorsichtigkeit oder Nachlässigkeit im Handeln des Aufgenommenen die Veranlassung dazu gegeben haben[4]. Doch ist, in Verfolg jenes Vergleichs, diese Verpflichtung nicht ausgeschlossen, wenn auch der Aufgenommene unentgeltlich beherbergt und beköstigt oder transportirt wird[5]. Dagegen aber fällt sie zu Gunsten derjenigen Personen ganz weg, welche sich in einem Gasthof oder Stall wirklich eingemiethet haben, so dass sie nicht mehr als nur vorübergehend Einkehrende zu betrachten sind; sie ist also in strenger Verbindung mit der Ausübung der Gastwirthschaft selbst zu denken[6]. Die einzige Vor-

worden, s. die Literatur bei Glück S. 127 ff. 133., der sich selbst rücksichtlich der beiden ersten bejahend, und rücksichtlich der letzten verneinend erklärt; ferner noch Ch. Müller über die *de recepto a.* in ihrer Anwendbarkeit auf die Postanstalten 1835. Erwägt man aber, dass den Römern organisirte Mieth- und Reisegelegenheiten zu Lande schon ziemlich früh keineswegs fehlten, s. W. Becker, Gallus, Th. I. S. 212. 225., rücksichtlich dieser aber nicht nur keine Andeutung einer Gleichstellung mit den *navibus* u. s. w. vorkommt, sondern, dass es auch in der That dazu an ausreichenden Gründen gebricht, indem einmal ein Wagen auf der Landstrasse kein so sicherer und — abgesehen von Naturereignissen, — von Umständen und Einwirkungen Dritter so unabhängiger und leicht zu überwachender Raum ist, als ein Fahrzeug zu Wasser, welches gewissermassen ein bewegliches Haus und somit als Passagierschiff einem wandernden Gasthaus vergleichbar ist, und dass andererseits der Reisende zu Schiff dennoch wieder seine mit sich geführten Sachen weniger persönlich überwachen kann und ihnen nicht so unmittelbar nahe ist, als dies bei Landreisen im Wagen der Fall ist, so muss ich analoge Ausdehnungen der gedachten Art, als rechtlich begründet, völlig in Abrede stellen. Von den Neueren hält Puchta §. 314. a. E. die Anwendung auf Landfuhrwerk, „soweit es als Gewerbe zur Beförderung von Personen betrieben wird," für zulässig, nicht aber auf Staatsanstalten; Vangerow a. a. O. S. 439. hingegen ist der diesseits vertheidigten Meinung. Mit den Posten hat es übrigens seine besondere Bewandtniss; die Verpflichtung dieser für Passagier- und anderes ihnen übergebene Gut ruht auf besonderen Grundsätzen, die entweder keine civilrechtliche Grundlage haben, sondern eine partikuläre oder deutschrechtliche, nämlich von dem Gesichtspunkt der Assekuranz aus, oder eine rein konventionelle, nach den konkreten Umständen ausschliesslich zu beurtheilende. Wo diese angegebenen Gesichtspunkte nicht ausreichen — was nicht leicht zu fürchten ist, — da könnten ebenfalls nur die Regeln der *locatio cond. operis* zur Anwendung kommen. (Aehnliches gilt von Eisenbahnfahrten.) — Nach R. R. findet nun ausser der bisher gedachten Verpflichtung zum *restituere ejus, quod cujusque salvum fore receperint*, und worin nur eine *rei persecutio* enthalten ist (fr. 1. pr. 3. §. 4. *h. t.*), noch eine *in factum actio* auf das Doppelte wegen der im Schiff, dem Gasthof oder Stall geschehenen oder begünstigten Entwendungen und Beschädigungen Statt, §. 3. *I. de Obl. quae ex del.* fr. 5. §. ult. *de O. et A.* fr. 6. 7. *h. t.* fr. un. *Furti adversus nautas etc.* Die Eigenthümlichkeit dieser Klage ist mit ihrer Natur als Pönalklage verschwunden, s. §. 29. S. 262 ff., vergl. auch Glück Komm. Bd. VI. S. 143. Unterholzner a. a. O. S. 733.; dagegen aber darf, in soweit durch sie überhaupt eine wirklich weiter reichende Rechtshülfe gewährt wurde, diese wenigstens in Betreff der *rei persecutio* nicht als weggefallen betrachtet, sondern sie muss nach m. E. nun als eine Erweiterung der einfachen Klage gegen Gastwirthe u. s. w. angesehen und dargestellt werden. Vergl. Anm. [8], [14] ff.

[2] Fr. 1. §. 7. *h. t.*

[3] Fr. 1. pr. *h. t.* — Was den im Hause oder Schiff beschäftigten Leuten in der Art widerfährt, dafür haftet der Gastwirth oder Schiffer nicht; fr. 7. §. 2. *h. t.*

[4] 1, Fr. 3. §. 1. *h. t.*; hiernach sind fr. 3. pr. und 4. pr. *h. t.* zu verstehen, wo dem *nauta* schlechthin Tragung des *periculum* als aufgelegt erwähnt wird, indem namentlich für Handlungen Dritter, die sonst unter diesen Begriff treten, Verantwortung Statt findet. 2, Fr. 203. *de R. J.* Vergl. Anm. [8].

[5] Fr. 3. §. 1. fr. 6. pr. *h. t.*

[6] Fr. 3. §. 2. *h. t.*; bei Schiffen lässt sich keine Analogie hiervon denken.

aussetzung zur Begründung dieser besonderen Verpflichtung ist mithin die Aufnahme der Sachen des Einkehrenden oder Reisenden aller Arten, sei es Gepäck, oder Waaren, oder was derselbe sonst mit sich führt[7]; und zwar ist zu dem Begriff der Aufnahme[8] keine Uebergabe oder ein Ueberweisen im Einzelnen und

[7] Fr. 1. §. 6. *h. t.*

[8] Zur Begründung der obigen Sätze ist eine ausführlichere Erörterung erforderlich. Es ist zuvörderst, während man darüber einig zu sein scheint, und zwar ohne die Möglichkeit einer Meinungsverschiedenheit anzunehmen, die Frage aufzustellen, ob schlechthin das blosse Einbringen von Sachen in den Gasthof, (Schiff u. s. w.) ohne weitere persönliche Thätigkeit des Gastwirths (u. s. w.) die Verbindlichkeit für denselben begründe, also erforderlichen Falls der Beweis, dass es geschehen sei, genüge, oder ob eine Annahme Statt gefunden haben müsse? Die Worte des Edikts sind: *quod — salvum fore receperint.* In fr. 1. §. ult. *h. t.* wird dieser Begriff durch die Frage analysirt: *utrum si in navem res missae ei adsignatae sunt, an etsi non sunt adsignatae, hoc tamen ipso, quod in navem missae sunt, receptae videntur?* welche dahin beantwortet wird: *et puto, omnium eum recipere custodiam, quae in navem illatae sunt.* Hiernach scheint das Einbringen an sich zu genügen. Dagegen scheint für die Nothwendigkeit der Annahme die Erörterung in den vorangehenden §§. zu sprechen, *qui sunt igitur qui teneantur?* (Antwort) *nautae — sed de exercitore solummodo Praetor sentit; nec enim debet per remigem aut mesonautam obligari, sed per se aut per navis magistrum; quamquam si ipse alicui e nautis committi jussit, sine dubio debet obligari. Et sunt quidam in navibus, qui custodiae caussa navibus praeponuntur; — si quis igitur ex his receperit, puto in exercitorem dandam actionem, quia is, qui eos hujusmodi officio praeponit, committi eis permittit.* Aehnliches wird in Ansehung des Gastwirths für den *mediastinus* verneint. Glück a. a. O. S. 106. versteht zwar das *recipere* nach *Contius Disput. jur. civ.* Lib. I. c. 4. p. 523. hier von einem Versprechen durch *pactum nudum* ohne Stipulation; (s. auch Koch das gem. und preuss. Obl.-R. Bd. III. S. 827. [4]) das thue der Gastwirth stillschweigend, nämlich für die Sachen der Reisenden, die er aufnehme, haften zu wollen; s. auch *Brisson. h. v.* §. 3. Dagegen erklärt es *Dirksen Manual. latinit. font. etc. h. v.* §. 4. in den Hauptstellen, namentlich auch in dem *salvum fore recipere*, für *receptare*, *excipere*, *suscipere;* diese letztere Bedeutung kann nun nach vielen Stellen, in denen von *receptae res* die Rede ist, gar keinem Zweifel unterliegen; mag daher auch in dem *salv. f. recipere* das letzte Wort ähnlich wie in: *periculum, custodiam recipere* und anderen Verbindungen gebraucht sein, so würde die aufgeworfene Frage immer dieselbe bleiben. Ueber ihre Beantwortung ergiebt sich bei Anderen Folgendes. Bei Glück z. B. wird §. 488. von den Personen gehandelt, durch welche der Gastwirth verpflichtet und nicht verpflichtet werde, wenn sie Sachen der Reisenden angenommen haben, und §. 491. wird gelehrt, dass er für alle Sachen hafte, die der Reisende mit sich in den Gasthof gebracht, auch wenn sie dem Wirth nicht namentlich angegeben und vorgezeigt worden seien. Aehnliche Zweifel und Fragen, wie hiernach unvermeidlich sind, zu veranlassen geeignet, oder vielmehr ein wirklicher Widerspruch in dieser Beziehung, und wäre es auch nur in der Darstellung, ist enthalten bei Unterholzner a. a. O. S. 735., wenn er als nothwendige Voraussetzung der Verbindlichkeit das Einnehmen, *salvum fore recipere*, von Effekten des Reisenden erfordert, und ebendas. die Einbringung für genügend hält. Nach m. E. verhält sich die Sache so. Findet eine wirkliche Uebergabe und Annahme von Sachen Statt, d. h. nicht gerade zur eigentlichen Verwahrung, sondern nur eine augenblickliche, der Behülflichkeit wegen, namentlich bei Ankunft und Empfang der Reisenden, so hat der Wirth nicht nur für seine eigene Handlung, sondern auch für die der dazu bestimmten, d. h. ihn hierin vertreten sollenden Personen einzustehen, also z. B. für die der Kellner, auch des Portiers oder Hausknechts, aber auch jedes Anderen ohne Ausnahme, Hausdiener wie dritter Personen, denen er in seiner Gegenwart dergleichen zu besorgen gestattet; denn der Fremde kann die Verhältnisse der einzelnen zur Hand stehenden Personen nicht kennen, nehmen diese in Gegenwart des Gastwirths, oder was einerlei wäre, seines Vertreters (*navis magister*, *institor*, *ναυφύλαξ*, *diaetarius* u. s. w.) Sachen der Fremden an, so ist der Schluss darauf, dass dies im Namen jener selbst und für sie geschehe, unabweislich, und eine Thatsache, die sich durch nichts wi-

Besonderen erforderlich, sondern es genügt das blosse Hineinschaffen unter solchen Umständen, dass die Sachen als der Obhut des Gasthauses oder des Schiffs u. s. w. als anvertraut betrachtet werden müssen, sei es auch, dass das Einbringen der Sachen selbst, oder die Art und der Werth derselben dem Gastwirth oder Schiffer unbe-

derlegen lässt; denn, will der Gastwirth deren Handlungen nicht vertreten, so muss er ihnen diese untersagen, durch Geschehenlassen in seiner Gegenwart genehmigt er sie, ebenso, wie wenn er den Reisenden selbst an solche gewiesen hat; fr. 1. §. 2. *h. t. verb. quamquam si ipse etc.* Ist aber weder er selbst, noch eine zur Stellvertretung berufene Person gegenwärtig, sondern etwa nur der Koch, Ausläufer oder Stubenheizer (*mediastinus*, — s. *Brisson h. v. focarius, atriarius, remigis, mesonauta*), so sind das allerdings keine zur Vertretung des Wirths bestellte Leute, und von solchen ist es zu verstehen, *nec enim debet* (*caupo*) *per eos obligari, sed per se vel etc.* Es ist also zu unterscheiden, einmal, die Aufnahme durch den Wirth (Rheder) selbst, und solche Personen, die mit ihm gegenwärtig sind und Dienste leisten, so dass er nur durch sie handelt, gleichviel, welche dies seien; sodann die durch seine dazu berufenen Stellvertreter, Kellner, Hausknecht (Schiffsführer), neben welchen von der Thätigkeit anderer gegenwärtiger Personen ganz dasselbe gilt; endlich die Aufnahme durch solche Personen allein, mögen sie auch sonst im Dienst des Wirths stehen, sobald sie nur nicht dazu bestellt sind, oder er *iis committi jussit.* Nur ist im letzteren Fall nicht ausser Betracht zu lassen, dass, wenn ein Fremder z. B. in einen Gasthof kommt, und nur solche Personen vorfindet, die er nicht als solche kennt, und diese rücksichtlich seines Empfangs das Erforderliche besorgen, er sie ohne Zweifel als die dazu bestellten Leute des Wirths wird betrachten und ihnen seine Sachen überlassen dürfen, der Gastwirth also dann durch sie wird verantwortlich werden, indem er für die Gegenwart eines zur Aufnahme Fremder beauftragten Stellvertreters sorgen muss, und entgegengesetzten Falls sich die Folgen davon zuzuschreiben hat. Anders z. B., wenn der Reisende schon längere Zeit im Gasthaus sich aufhält und die Leute persönlich kennt, und nun, einmal von einem Ausgang zurückkehrend dem Koch begegnend, ihm etwas in sein Zimmer zu tragen einhändigt und dieser es beschädigt. Nach diesen Andeutungen werden sich die zahlreichen hier denkbaren Fälle beurtheilen lassen; es ist dabei im Allgemeinen das Princip der Culpa mit Rücksicht auf die eigenthümliche Verpflichtungsweise zu Rathe zu ziehen. Diese Resultate finde ich namentlich in fr. 1. *h. t.* mit Ausschluss des letzten §. (s. oben). Nach diesem brauchen zuvörderst die *res in navem missae* dem *nauta* nicht besonders überwiesen zu sein, worunter doch wohl ein Vorzeigen und Angeben begriffen ist, s. auch Glück a. a. O. S. 121. Mit Recht wird daher hieraus gefolgert, dass auch für den Inhalt ungeöffnet aufgenommener Kisten u. s. w. gehaftet werden müsse, und Niemand behauptet m. W., dass dem Schiffer oder Wirth der Inhalt speziell übergeben, oder er nur damit bekannt gemacht worden sein müsse; vergl. auch fr. 1. §. 41. *Depos.* Ueber die Statthaftigkeit des Erfüllungseids bezüglich des Inhalts der Kisten u. s. w., je nach verschiedenen Umständen, vergl. Koch a. a. O. S. 831. und Glück a. a. O. S. 122 ff. Wenn es nun aber dann weiter heisst: *et puto etc.* (s. oben), so kann das natürlich unmöglich so verstanden werden, *omnium eum recipere custodiam, quae quoquo modo in navem illatae sunt*, sondern nur dessen, was nach den vorangehenden §§. *ita illatum est*, *ut receptum* (in dem hier vorherrschenden Sinn) *videri possit*, und es kann hierauf also eine Ausdehnung von dem eigentlichen *recipere* auf das blosse *inferre* nicht gegründet werden. Dagegen muss dieser Begriff eine Erweiterung auf folgende Art erfahren. Das *recipere* geschieht nicht zu dem Zweck, dass der Wirth oder Schiffer die *res receptas* zur Disposition oder Verwahrung detiniren soll, vielmehr sollen sie der des Reisenden unterworfen bleiben. Nach fr. 1. §. 6. und fr. 4. §. 2. *h. t.*, ferner sind unter den *receptis salvas fore* auch solche zu verstehen (*vestimenta, quibus uterentur, penus quotidianum, et cetera, quae ad usum quotid. habemus*), rücksichtlich deren eine Uebernahme gar nicht Statt findet, sondern welche vom Reisenden ohne Weiteres *in navem inferuntur.* Es ist also an keine Aufnahme in eine persönliche Obhut zu denken, sondern eine solche dadurch und in soweit zu verstehen, als sich *die res illatae* im Gasthof, Schiff u. s. w. befinden. Für die Sicherheit in diesem steht der Gastwirth, und also auch für die der hineingebrachten Sachen. Es ist m. a. W. die Obhut des Hauses selbst, welcher der Reisende seine Sachen anvertraut,

kannt bleibt. Es gehört mithin hierher Alles, was der Fremde (um mit diesem Ausdruck die betheiligte Person zu bezeichnen) selbst eingebracht hat, oder hat einbringen lassen, mögen es der Gastwirth oder Schiffer (um diese anstatt aller ihnen gleichstehender Personen zu nennen) selbst, oder die dazu von ihnen bestimm-

so dass auch die Aufnahme von Seiten des Gastwirths in sie als geschehen erscheint, soweit jene reicht, und es ist mithin keine besondere persönliche Thätigkeit bei dem Begriff *recipere* als nothwendig vorausgesetzt zu denken, sondern dieser durch *inferre* in die Obhut des Hauses, auch ohne Wissen des Gastwirths, hergestellt. Wie nun dieser aber nicht dadurch absolut und allein verpflichtet wird, dass die Annahme ohne sein Wissen von einem nicht dazu bestellten Diener, wenn schon im Gasthof oder im Schiff, nur überhaupt geschah, (vergl. noch nachher wegen der Sachen, die der Reisende bei sich trägt, und Anm. 12 a. E.) so scheint mir auch andererseits eine lokale Einschränkung durch die Anweisung eines bestimmten Raums, Zimmers u. s. w. für den Reisenden und seine Sachen unerlässlich angenommen werden zu müssen. Dadurch ist nämlich dem letzteren eine Grenze angewiesen, innerhalb deren er auf *salvum fore* soll rechnen können. So lange das nicht geschehen ist, würde der Gastwirth oder Schiffsführer allerdings für den gesammten Raum, soweit er den Einkehrenden zu dem Zweck als zur Verfügung stehend zu betrachten ist, (z. B. das allgemeine Gastzimmer) um seine Sachen daselbst einsweilen unterzubringen, einstehen müssen. Ich fürchte nicht, einen Widerspruch zu erfahren, wenn ich verneine, dass der Gastwirth z. B. verantwortlich sei, wenn ein Gast sein Geld und seine Uhr auf dem Abtritt hat liegen lassen, und beides weggekommen ist; denn diese Verantwortlichkeit ist doch unstreitig mit der selbstverständlichen Bevorwortung zu verstehen, dass der Einkehrende selbst nicht diejenigen Regeln der Umsicht und Besonnenheit beim Handeln aus den Augen setze, die er sonst und auch wohl im eigenen Hause zu beobachten pflegt. Dass der Gastwirth aber die Sorglosigkeit und Nachlässigkeit des Gasts vertreten müsse, davon ist nirdends die Rede. Vergl. auch Glück a. a. O. S. 137 f. Es ist mithin die lokale Beschränkung der Verantwortlichkeit nur eine Anwendung der Voraussetzung, dass der Reisende zu dem ihm im Gasthof u. s. w. widerfahrenen Schaden nicht durch eigene Schuld die Veranlassung gegeben haben müsse. Hiernach zu entscheiden ist denn auch die mehrfach besprochene Frage, welche übrigens diese Beschränkung als sich von selbst verstehend voraussetzt, ob der Gastwirth dann ausser Verantwortlichkeit sei, wenn der Einkehrende seine Stube unverschlossen gelassen habe; Glück bejaht sie a. a. O. nach Schmidt's Abhandl. Bd. II. Nr. 96. §. 3. Allein hier muss ich bekennen, dass mir wenigstens ein Unterschied nach den Umständen gemacht werden zu müssen scheint, indem sich deren doch denken lassen, unter denen das Nichtverschliessen der Thür nicht gerade als Nachlässigkeit erscheint. Dass die Uebergabe der Schlüssel den Gastwirth nicht von seiner Verantwortlichkeit befreie, darüber scheint man jetzt einverstanden zu sein. Denn damit ist die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, ohne sie in die Zimmer zu gelangen. Vergl. auch Koch a. a. O. S. 830. und die dort Anm. 28 Gen. Glück a. a. O. S. 138. und Unterholzner a. a. O. S. 735. I. a. E. Dass eine Menge sehr intrikater faktischer Fragen hier möglich sei, leuchtet von selbst ein. — Was die gedachte lokale Beschränkung anlangt, so ist sie zwar bei Schiffen auch nicht ausgeschlossen, indessen wird sie doch seltener zur Frage kommen, weil das Gepäck und sonstige Sachen der Reisenden gewöhnlich ihrer augenblicklichen Disposition entzogen und in einen besonderen Raum gebracht werden, so dass der Schiffsführer dann um so mehr dafür einsteht. — In Verbindung hiermit endlich ist noch darauf aufmerksam zu machen, dass für diejenigen Sachen, welche der Reisende an und bei sich trägt und behält, der Wirth oder Schiffer keineswegs schlechthin einzustehen hat, denn dieselben sind nicht *salvas fore receptae*, sondern der Reisende hat sie noch in eigener Obhut; dasselbe gilt von dem Körper des Reisenden und ihm zugefügter Beschädigung. Wenn daher Unterholzner a. a. O. S. 735. h) nach fr. 1. §. 6. und fr. 4. §. 2. *h. t.* die Verantwortlichkeit auch darauf ausdehnt, was der Reisende am Leib habe, so muss ich namentlich nach diesen Stellen bestimmt widersprechen; die in ihnen erwähnten *vestimenta* sind ausdrücklich als solche genannt, *quae post impositas merces inferuntur*, resp. *iis accederent*, *quibus in nave uterentur*, also nicht als solche, die man angezogen hat. Es kann sogar die Frage erhoben werden, ob der Gastwirth oder

ten Personen, beziehungsweise durch diese oder andere, angenommen haben oder nicht, sobald es dann nur nicht dazu nicht bestellte, wenn auch sonst in ihrem Dienst stehende Personen angenommen haben, und es nicht in einen dem Fremden zu diesem Zweck nicht zur Verfügung gestellten Raum gebracht worden ist. Hat der Gastwirth oder der Schiffer Sachen des Reisenden ausserhalb des Gasthauses oder Schiffs wirklich übernommen, so haftet er in gleicher Weise auch für diese [9]. Eine Uebergabe von Sachen an diese Personen zur besonderen Aufbewahrung verwandelt keineswegs das Verhältniss bezüglich derselben in einfaches Depositum; nur ist auch hier vorauszusetzen, dass sie dieselben mit Bezug auf ihr Geschäft aufgenommen haben [10]. Ob aber den Gastwirth oder Schiffer dabei irgend eine Schuld trifft, oder nicht, ist ohne Einfluss; er hat vielmehr ohne Rücksicht darauf die Handlungen Anderer ohne Unterschied, mithin aller der Personen, welche bei ihm einkehren, oder die Fahrt mitmachen [10a], seiner Leute [11], und endlich die aller übrigen Dritten in Bezug auf die aufgenommenen Sachen zu vertreten; namentlich also alle Beschädigungen und Entwendungen durch Dritte. Daher ist denn auch nicht erforderlich, dass über die Person dessen, der den Schaden gestiftet, irgend etwas feststehe, die Verpflichtung zum Ersatz besteht ohne weitere Rücksicht auf den Urheber; es genügt, dass er überhaupt geschehen ist [12]. Wegen Beschädigungen

Schiffer hier überhaupt für Handlungen Dritter hafte? Nach meiner Ueberzeugung fehlt es mit dem Grunde der Verantwortlichkeit, dem *salvum fore recipere*, auch an der Möglichkeit, einen Anspruch mittelst der gewöhnlichen *in factum a.* geltend zu machen. Dagegen aber ist die prätorische Pönalklage (s. Anm. [1]) in diesen Fällen für begründet zu erachten, denn diese beruht nach fr. 7. pr. und §. 4. *h. t.* darauf: *culpae sc. suae imputaturus*, *qui* (*periculo suo*) *tales adhibuit*, d. h. er hat schlechthin für sie einzustehen, in sofern sie überhaupt Schaden im Gasthof u. s. w. stiften, fr. 6. pr. 7. pr. *h. t.*, gleichviel, an welchem Gegenstand er geschehen, während für die einfache *in factum a.* gerade dieser durch das Erforderniss der *receptio* besonders charakterisirt ist. Es ist dies sonach ein Fall, in welchem die letzte Klage von praktischer Bedeutung ist, aber allerdings nur reipersekutorisch (s. Anmm. [1] und [14] ff.).

[9] Fr. 3. pr. *h. t.*, hiernach lässt sich auch vertheidigen, dass der Gastwirth nicht nur für die in den Hofraum und andere offene Räume eingebrachten Gegenstände, für welche dieser den Reisenden als angewiesen erscheint, wie Wagen, Schlitten u. s. w., sammt Inhalt hafte, denn diese sind durch das Einbringen selbst *receptae*, sondern auch für die in nicht zum Gasthof gehörigen Räumen, wie vor demselben auf der Strasse stehen gebliebene Wagen sammt Inhalt u. s. w., sobald der Gastwirth oder seine Vertreter sie als ihrer Obhut übergeben annehmen, z. B. versichern, es könne Alles unbedenklich darin bleiben. Ist dergleichen anderweit vom Gastwirth wirklich untergebracht worden, z. B. beim Nachbar im Hof, so haftet er um so mehr, denn dann hat er die Gegenstände sogar selbst in Verwahrung genommen.

[10] Fr. 1. in f. fr. 2. 3. pr. *h. t.*

[10a] Der obige Satz folgt nach m. E. aus der ganzen Natur des Verhältnisses; s. auch über seine erste Hälfte Koch a. a. O. S. 831. und über die zweite Glück a. a. O. S. 125.; hier würde es auch nichts ändern, dass der Reisende sich entfernt, und noch so lange ausbleibt, denn wie sollte dadurch das einmal begründete Verhältniss sich verwandeln?

[11] Fr. 1. in f. nach der Difinition von *nauta* in §. 2. *eod.*

[12] Der Reisende hat also nur die Thatsache des Einbringens in der Weise, wie dies Anm. [8] näher dargelegt ist, und die Grösse seines Schadens zu beweisen; der Wirth oder Schiffer haftet alsdann schlechthin, sobald er nicht nachzuweisen vermag, dass *fatali damno* oder *vi majori quid acciderit*, fr. 3. §. 1. *h. t.*, oder der Reisende durch eigene Schuld Veranlassung dazu gegeben habe, s. Anm. [8] und Glück a. a. O. S. 137 f. Nur eine Ausnahme scheint mir hier durch die Natur der Sache geboten, und auch darin ihren guten Grund zu finden, dass der Reisende nicht selbst in irgend einer Weise die Veranlassung zu dem Schaden gegeben haben dürfe, nämlich, wenn derselbe durch seine Leute, Kinder, Angehörige, oder wen er sonst im Gasthof oder Schiff bei sich, oder mit hinge-

und Entwendungen anderer als der unter den Begriff der aufgenommenen tretenden Sachen, also z. B. derer, welche der Reisende an und bei sich am Leib hat, haftet der Gastwirth oder Schiffer jedoch nur dann, wenn sie im Gasthof oder im Schiff[13] von seinen Leuten, deren er sich darin zu seinem Geschäft bedient[14], oder der erstere, wenn sie von den ordentlichen Hauseinwohnern, mögen sie zur Miethe oder umsonst wohnen[15], oder der letztere, wenn sie von solchen, welche gegen Arbeit auf dem Schiff umsonst mitreisen[16], keiner von beiden jedoch, wenn sie von gewöhnlichen Einkehrenden und Mitreisenden verübt worden sind[17].

Dem Verletzten steht allerdings gegen den Thäter wegen der erlittenen Beschädigungen auch unmittelbar die gewöhnliche Klage aus den verbotenen Handlungen zu, er darf aber nur zwischen dieser und der gegen den Gastwirth oder Schiffer wählen[18]; hat er die gegen den letzteren vorgezogen, so kann dieser bei der Befriedigung von ihm die Abtretung der gegen die Schuldigen zuständigen Klagen fordern[19].

Aus diesem Verhältniss finden diese eigenthümlichen Ansprüche dann nicht Statt, wenn der Gastwirth oder Schiffer vor dessen Begründung erklärt, dass er für die Verwahrung der aufgenommenen Sachen oder für seine Leute nicht einstehe, und die Betheiligten darin eingewilligt haben[20].

bracht hat, angerichtet worden ist. Vergl. auch Glück a. a. O. S. 135. 95. — Ueber die Verpflichtung Mehrerer, die ein solches Geschäft gemeinschaftlich treiben, vergl. dens. S. 135 ff.

13 Fr. 7. pr. *h. t.*

14 Fr. 7. pr. *h. t.* vergl. Anm. 11. S. fr. un. pr. §. 1. und *ult. Furti adversus naut.*

15 Fr. 6. §. 3. *h. t.* fr. un. §. *ult. Furti advers. nautas.*

16 Fr. 7. §. 2. *h. t.*

17 S. die Stellen der Anm. 15.

18 Fr. 3. §. 5. fr. 6. §. 4. *h. t.*

19 Arg. fr. 6. §. 4. *h. t.*

20 Fr. 7. pr. *h. t.;* allerdings ist hier nur von der Pönalklage die Rede, unbedenklich aber ist dasselbe der Allgemeinheit des Grunds wegen auch für die gewöhnliche Verpflichtung anzunehmen. Uebrigens scheint doch eine solche Verwarnung, wie in dieser Stelle vorausgesetzt ist, nur von einer Verwahrung und Beaufsichtigung bezüglich einer zu besorgenden Entwendung verstanden werden zu müssen, nicht von Beschädigungen und Ruiniren der Sachen. — Es ist hier zu unterscheiden, ob die Protestation vor oder erst nach der Aufnahme geschehen ist. Allerdings würde die ausdrückliche Einwilligung des Reisenden in beiden Fällen den Wirth u. s. w. seiner besonderen Verbindlichkeit entbinden, es ist aber hier namentlich die Frage von der Einwilligung durch Stillschweigen von grösster praktischer Wichtigkeit, und mit Bezug auf sie ist in dem ersten der beiden unterschiedenen Fälle Schweigen allerdings für Einwilligung zu nehmen, da sich das Einbringen von Sachen neben einer solchen Protestation nur als Verzicht erklären lässt; im zweiten Fall hingegen ist durch die *receptio* die strenge Verbindlichkeit schon begründet, und die Protestation dagegen als einseitige modifizirende Erklärung bezüglich eines schon feststehenden Verhältnisses vergeblich, und der Aufgenommene zu einer Gegenerklärung keineswegs gehalten, sein Schweigen also auch nicht zu seinem Nachtheil auszulegen. Hiernach beantwortet sich die Frage von selbst, in wiefern die in Gasthöfen nicht selten vorkommende, durch Anschlag in den Gastzimmern geschehene Erklärung der Gastwirthe, „dass sie für die Verwahrung von Geld und Kostbarkeiten u. s. w. des Reisenden nur dann einständen, wenn es ihnen zur wirklichen Verwahrung übergeben würde,“ wirksam, d. h. durch Stillschweigen des Reisenden die nach fr. 7. pr. *h. t.* erforderliche Einwilligung dazu als erfolgt anzunehmen sei? Vergl. auch Glück a. a. O. S. 115. und die dort Gen. und Koch a. a. O. S. 830. Auf jeden Fall haftet jedoch der Wirth immer *ex locato*, in sofern sich die *praedictio* nur auf die eigenthümlich strenge Verpflichtung des Gastwirths als solchen beziehen soll. Wäre ihr, was nicht unmöglich wäre, eine weitere Ausdehnung zu geben, so würde sie allerdings als ein modifizirender Nebenvertrag zur *locatio cond.* erscheinen. Glück's Ansicht, dass der Wirth im Fall einer wirksamen Protestation nur für ein grobes oder „mässiges“ Versehen hafte, enthält einen unjuristischen Gedanken.

§. 121.

Der Gesellschaftskontrakt.

Dieser Kontrakt umfasst die Uebereinkunft Zweier oder Mehrerer zur Förderung eines gemeinschaftlichen vermögensrechtlichen Zwecks[1], sei es zur Er-

[1] Dieser verleiht einer solchen Vereinigung den hier erforderlichen rechtlichen Charakter. Es ist übrigens nicht nöthig, dass dieser Zweck der nächste oder ausschliessliche sei, es kann auch ein moralischer oder geselliger Zweck der Vereinigung ursprünglich und hauptsächlich beabsichtigt sein; die nöthigen vermögensrechtlichen Mittel zu dessen Erreichung, mögen sie auch in einem zum Hauptzweck ganz untergeordneten Verhältniss stehen, verleihen derselben dennoch in Ansehung dieser Mittel den Charakter einer *societas* in dem hier sich geltend machenden Sinn. Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 378. Denn dass der Zweck der Gesellschaft nicht, wie Glück Komm. Bd. XV. S. 373. will, immer ein gemeinschaftlicher Gewinn sei, sondern auch irgend ein, sei es das Vergnügen, oder die Nothwendigkeit betreffender Zweck sein könne, zu dessen Erreichung Aufwand aus dem allseitigen Vermögen nöthig ist, beweisen Beispiele in den Quellen genug; s. nur fr. 52. §. 12. 13. *h. t.* Dagegen kann ich keinen Grund dazu finden, mit Unterholzner a. a. O. S. 378—493. eine besondere Abtheilung: „Schuldverhältnisse, den Genossenschaftsverkehr betreffend“ zu formiren, und in diese „den genossenschaftlichen Verkehr im Allgemeinen,“ die Schuldverh. das eheliche Gemeingut betr., und die das durch Erwerbungen der *fil. famil.* begründete Gemeingut betr. neben einander zu stellen, der ersten dieser drei Unterabtheilungen aber ausser den Gesellschaftsverträgen und der *communio incidens*, die Verpfl. aus Zusammenwohnen (*a. de effusis et dejectis*), die Gemeinschaft der Verpflichtungen und Forderungen, und die gemeinsame Betheiligung des Schuldners und der Gläubiger an einer Gesammtmasse, einzuverleiben. Ich sehe darin, was diesen Verhältnissen theils gemeinschaftlich, theils nur ähnlich ist, keinen Grund zu einer systematischen Verbindung, sondern halte diejenigen, wonach sie zu anderen Instituten zu verweisen sind, für überwiegend. Die unter Eheleuten allerdings mögliche Gütergemeinschaft (fr. 16. §. 3. *de Aliment. leg.*) ist als eine *societas omnium bonorum* nach den allgemeinen Grundsätzen von dieser zu beurtheilen, ohne vor der zwischen anderen Personen etwas Ausgezeichnetes zu haben. — *Societas* bedeutet in der Quellensprache sowohl den Gesellschaftskontrakt, fr. 19. *de V. S.* fr. 23. *de R. J.*, als das dadurch begründete Verhältniss, fr. 6. 80. 21. 23. §. 1. fr. 52. §. 15. *Pro socio* (fortan *h. t.* cit.), als das Geschäft, welches Gegenstand dieses Verhältnisses ist, s. z. B. fr. 16. pr. 59. pr. in f. *h. t.* als das Vermögen der *societas*, fr. 28. 66. *h. t.* als endlich auch die zufällig entstandene Gemeinschaft, d. i. die sog. *communio incidens*, s. z. B. fr. 25. §. 16. *Famil. erc.* der allgemeinen Bedeutungen nicht zu gedenken; s. z. B. fr. 1. *de Act. rer. amotar.* In der vorletzten Bedeutung ist *societas* sehr uneigentlich gebraucht, denn in dem hier vorherrschenden Sinn, des durch Vertrag bezweckten Verhältnisses, oder des Vertrags selbst, ist die Absicht der Gemeinschaft dazu unumgänglich erforderlich, s. auch fr. 31. (*affectio societatis*) 32. (*tractatu habito*) 44. (*animo contract. societ.*) *h. t.* Die erste dieser drei Stellen ist namentlich auch noch für den Begriff der *societas* als Kontraktsverhältniss von Bedeutung. Wenn nämlich danach die *a duobus simul res emta* keine *soc.*, sondern nur eine *communio* zwischen den Käufern herstellt, so erhellt daraus, dass zur Herstellung der *soc.* nicht der von Zweien zusammen geschehene, wenn auch ausdrücklich beabsichtigte Erwerb einer Sache hinreicht, d. h. nur die Thatsache des Erwerbs in Gemeinschaft mit einem Anderen, denn hierbei verfolgt jeder seinen eigenen, keinen gemeinsamen Zweck, sondern dass die Gemeinschaft selbst beabsichtigt (*socii futuri*) und deswegen der Erwerb geschehen sein müsse. S. z. B. fr. 52. §. 11. 13. *h. t. v. idemque etc.*, auch das pr. dieser Stelle: *si vero id actum etc.* Dies ist schon sehr nachdrücklich hervorgehoben von den Scholiasten zu den *Basil. Lib.* XII. 1. 31. und 2. 1. Hiernach muss denn auch der Widerspruch zwischen unserer Stelle und fr. 2. pr. *Communi divid.* (vergl. auch noch c. 2. *Pro socio*) erklärt werden, wie die gen. Scholiasten ebenfalls bemerken. S. noch K. A. Schneider in Sell's Jahrb. Bd. I. S. 393.

reichung eines Vortheils, oder nur durch Aufwand aus dem Vermögen. Der Zweck kann sehr verschieden, nur darf er auf keinen Fall ein unerlaubter[2] sein, und danach regelt sich denn auch der Umfang wie der Inhalt des ganzen Verhältnisses in Ansehung der besonderen gegenseitigen Rechte und Pflichten, namentlich der Mitwirkung zur Erreichung des Zwecks; auch sind die meisten Beendigungsarten dadurch gegeben.

I. Der Zweck des Gesellschaftskontrakts kann zuvörderst sowohl die Gemeinschaft von Sachen[3] oder Rechten[4] sein, die bereits den einzelnen Kontrahenten gehören, und zwar das Eigenthum[5] wie auch nur der Gebrauch und die Benutzung der ersteren[6] zu dem Gesellschaftszweck und innerhalb desselben[7], als die solcher, welche sie erst noch erwerben werden[8]. Ist beides beabsichtigt, so ist eine Gemeinschaft in Betreff des gesammten Vermögens nach seinen gegenwärtigen wie seinen künftigen Bestandtheilen, also auch in Ansehung der schon vorhandenen, wie der künftigen Schulden eingegangen[9]. Andererseits können auch nur eine oder mehrere einzelne Sachen nach den gedachten Beziehungen hin gemeinschaftlich werden sollen[10]. Von hervorragender Bedeutung ferner ist die sich auf künftigen, durch Thätigkeit der Kontrahenten zu machenden, gemeinsamen Verdienst und Erwerb beziehende und daher auch benannte Erwerbsgesellschaft[11], die wiederum

[2] Fr. 57. *h. t.* fr. 70. in f. *de Fidejuss.*

[3] S. Anmm. [5], [7].

[4] Fr. 3. pr. (*quae in nominibus sunt*) §. 2. (*hereditas*) fr. 52. §. 6. 8. *h. t.* (desgl. und *stipendia, salaria*).

[5] Fr. 1. §. 1. und fr. 5. pr. 58. pr. *inf. h. t.* fr. 13. §. 1. *inf. de Praescr. verb.*

[6] Glück Komm. Bd. XV. S. 373. leugnet in diesem Fall die Möglichkeit einer *soc.* nach fr. 31. *h. t.*, allein hier ist aus anderen Gründen die Existenz einer *soc.* verneint, s. Anm. [1] a. E., der Möglichkeit einer *soc.* an Gebrauch und Benutzung einer Sache steht nicht nur gar nichts entgegen, sondern sie findet auch in fr. 52. §. 2. *h. t.* u. in fr. 13. §. 1. *de Praescr. verb.* in Beispielen Anerkennung; übrigens ist diese Stelle sehr korrumpirt, vergl. *Bynkershoek Obs. Lib.* III. c. 9., Glück a. a. O. S. 396. und Blume im Rhein. Mus. Bd. II. S. 271 ff. Allerdings aber ist gerade der erste Beispielsfall nicht zu verwechseln mit der §. 118. Anm. [4] erwähnten *colonia partiaria*, die nur rücksichtlich des Gewinns und Verlusts der *societas* gleich behandelt wird, weiter nicht, s. auch Unterholzner a. a. O. S. 381. a. E., dass er selbst aber für *societas* erachtet worden sei, beweist die Aufnahme desselben in diesen Titel.

[7] Vergl. Treitschke die Gewerbegesellschaft §. 38.

[8] Fr. 73. *init. h. t.* S. noch fr. 31. *h. t.* (*res simul a duob. emta*) fr. 2. pr. *Communi div.* und c. 2. *Pro socio* und dazu Anm. [6].

[9] Fr. 1. §. 1. fr. 3. §. 1. fr. 5. pr. 27. 65. pr. §. 3. fr. 73. *h. t.* in den Quellen gen. *soc. omnium* oder *univers. bonor.* oder *fortunarum.*

[10] Fr. 5. pr. 65. pr. §. 10. *h. t. soc. unius rei.* Eine eigenthümliche enge Begrenzung der Auslegung der *societas: ut si qua justa hereditas obvenerit*, s. fr. 3. §. 2. *h. t.*

[11] Fr. 7—13. *h. t.* In der ersten Stelle ist von dieser *soc.*, gen. *quaestus, quaestus et lucri* oder *compendii*, (von den Neueren *quaestuaria* oder *negotiatoria*) gesagt, dass, wenn eine *soc. simpliciter, et si non distinctum fuerit*, d. h. ohne Angabe des Gegenstands, eingegangen worden ist, *videtur coita esse universorum, quae ex quaestu veniunt, hoc est, si quod lucrum ex emtione etc. descendit.* Es ist also der erklärten Absicht, *coëundi societatem*, in Ermangelung weiterer Bestimmung, dieser Sinn untergelegt. Eine unmittelbare Anwendung dieses Satzes halte ich schon darum nicht für möglich, weil wir keinen so bestimmten Ausdruck für ein Rechtsgeschäft haben, dem sich ein gleicher Sinn beilegen liesse. Kommt es daher auf die Auslegung eines Gesellschaftsvertrags nach seinem Gegenstand an, so müssen offenbar andere Anhaltspunkte gegeben sein, um der allgemeinen Erklärung, in ein Gesellschaftsverhältniss treten zu wollen, gerade jene Anschauung abgewinnen zu können. Wenn es nun ferner auch kaum jemals bei Errichtung eines solchen an näheren Angaben in jener Beziehung fehlen wird, oder wenigstens nicht an Umständen, welche die eigentliche Absicht näher legen, z. B. es hätten zwei Kaufleute, die

sowohl allen Erwerb dieser Art[12], als auch nur einen einzelnen Zweig desselben, z. B. kaufmännische oder industrielle Geschäfte[13], sei es im ganzen Umfang eines gemeinschaftlich betriebenen Handels oder Geschäfts[14], oder nur einer bestimmten Art von Geschäften oder Sachen[15], als endlich ein einzelnes auf gemeinschaftliche Rechnung zu machendes Geschäft[16] bezwecken und betreffen kann. Während nun die Gemeinschaften des ganzen Vermögens mehrerer Personen, oder des gesammten Erwerbs zu den grossen Seltenheiten gehören, haben die eigentlichen Gewerbs- und Handelsgesellschaften im Verkehr eine mannigfaltige Ausbildung erfahren, für welche das Handelsrecht auch neue Normen aufgestellt hat, obwohl dazu die civilrechtlichen Grundsätze die Grundlage bilden[17].

mit demselben Artikel handeln, den Gesellschaftsvertrag errichtet, so glaube ich doch, dass, in Ermangelung aller und jeder, und wenn dann überhaupt der Vertrag nicht wegen der Unbestimmtheit für ungültig zu halten ist, eher eine ganz allgemeine Societät, also *omnium bonorum*, als eingegangen betrachtet werden müsste. — Nach fr. 8. *d.* und den cit. übrigen und fr. 71. §. 1. *h. t.* fr. 45. §. 2. *de Acquir. hered.* ist nun bei der Erwerbsgesellschaft nur der *quaestus qui ex opera cujusque descendit* gemeint, der eigentliche Erwerb, d. i. durch Arbeit, Betriebsamkeit, Handel u. s. w. im Gegensatz zur *hereditas*, *legatum* und *donatio inter vivos* und *mortis caussa;* bei der *univers. bonor.* hingegen wird auch der Vermögenszuwachs der letzteren und überhaupt jeder Art für die Gemeinschaft erworben, fr. 3. §. 1. *h. t.* — In der Doktrin sind mannigfaltige Benennungen der Societät je nach ihrem Gegenstand aufgekommen, so die simplex im Gegensatz zur quaestuaria, *quoad sortem* oder *dominium*, und *quoad usum*, s. ferner Anm. 54 und Anm. 17. Vgl. Treitschke a. a. O. S. 14 ff.

[12] Fr. 7. 71. §. 1. *h. t.* fr. 45. §. 2. *de Acquir. hered.*

[13] Fr. 5. pr. *h. t. negotiatio aliqua.*

[14] Beispiele s. fr. 52. §. 5. *h. t.*

[15] 1. Beispiele s. fr. 52. §. 11. (*societas ad emendum*, vergl. Anm. 6) *h. t.* 2. Beispiele s. fr. 52. §. 4. fr. 71. pr. *h. t.*

[16] Fr. 5. pr. *soc. unius rei*, Beispiele s. fr. 52. pr. §. 12. fr. 58. pr. *h. t.* fr. 13. §. 1. *de Praescr. verb.*

[17] In dem obigen Satz ist eine folgenreiche Verschiedenheit zwischen den im R. R. vorausgesetzten und den Verhältnissen, wie wir sie in unserem Rechts- und Geschäftsleben finden, angedeutet. Es ist allerdings aus den Quellenzeugnissen der Anmm. 13—16 ersichtlich, dass bei den Römern auch Handels- und Geschäftsverbindungen gleicher Art, wie unsere Kompagniegeschäfte zu Handel und Gewerben nichts weniger als ungewöhnlich waren; aus den häufig angeführten Beispielen und im Besonderen aus Aeusserungen wie in fr. 7. *h. t.* ist aber mit Sicherheit zu schliessen, dass gerade bei ihnen Gesellschaftsverträge des Inhalts, wie im Text als bei uns sehr selten bezeichnet werden mussten, umgekehrt häufig und gewöhnlich waren. Natürlich sind denn auch auf sie viele Rechtsaussprüche berechnet, welche auf die Handelsgesellschaften keine Anwendung leiden können. Andererseits ist es nicht minder natürlich, dass gerade die im Handelsverkehr sich bildenden Verhältnisse in einer unaufhörlichen Entwickelung und Neugestaltung begriffen sind, und dass die römischen Bestimmungen, nachdem der Handel selbst und die darauf bezüglichen Verbindungen mannigfach die Gestalt gewechselt, in vielen Punkten nicht mehr ausreichen können. Deshalb ist denn auch die Gesetzgebung durch Handelsrechtsbücher vielfältig zu Hülfe gekommen. Wo es aber daran fehlt, und das ist in den meisten gemeinrechtlichen Ländern der Fall, da ist das R. R. die Grundlage der geltenden Bestimmungen; vergl. Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 554. z. A. Thöl Handelsrecht §. 17. Treitschke die Lehre von der Gewerbegesellschaft u. s. w. S. 2. Dazu kommen dann allerdings die übrigen für das gemeine Handelsrecht geltenden Normen, nach Maasgabe der für das gemeine Recht überhaupt bestehenden, s. Thöl a. a. O., doch ist gerade die Ermittelung der aus dem Gewohnheitsrecht und dem wissenschaftlichen Recht herzuleitenden gemeinen handelsrechtlichen Normen oft um so schwieriger und mit um so weniger Sicherheit möglich, je leichter hier nach der vermeintlichen Erkenntniss lokaler Bedürfnisse und den Ansichten von der Zweckmässigkeit partikulare Abweichungen sich bilden, und somit der gemeinrechtlichen Ausbildung leicht die Mög-

Die zur Erreichung des Zwecks des Gesellschaftsvertrags anzuwendenden Mittel und Leistungen können hiernach sehr verschieden sein. Im Besonderen aber hängt das Weitere darüber auch noch von den darauf bezüglichen Beabredungen ab, wozu also, soweit sie nicht Inhalt des Gesellschaftskontrakts bei seiner Abschliessung selbst geworden, eine Berathung und ein Beschluss der Gesellschafter gehört [18]. Besteht der Zweck in der Gemeinschaft von Sachen, welche bereits vorhanden sind, und einem der Kontrahenten gehören, so ist diese mit dem Abschluss desselben ohne Weiteres eingetreten, ohne dass es etwa einer gegenseitigen Uebergabe dazu bedürfte [19]. Sollen dagegen von Einem künftig zu erwerbende Sachen gemeinschaftlich werden, so muss er dem Anderen das Miteigenthum daran einräumen [20], oder, wenn nur das beabsichtigt war, ihm den Mitgebrauch und die Mitbenutzung davon gestatten. In Betreff gemeinschaftlich werden sollender Rechte

lichkeit abgeschnitten wird. Dass nun die die Handelsgesellschaften betreffenden Normen dieses Ursprungs dem Handelsrecht als besonderem Rechtstheil zu überweisen seien, darüber ist man einig; einigermaassen bedenklich ist nur die Behandlung der civilrechtlichen in einem der Darstellung des heutigen Civilrechts bestimmten Buch. Da sich indessen nichts weniger behaupten lässt, als dass dieselben unpraktisch seien, so gehören sie auch jener an; ich werde jedoch in den Anmerkungen die Punkte andeuten, wo die handelsrechtliche Doktrin eine Fortbildung anknüpft. — Mit diesen Handels- und Erwerbsgesellschaften in Verbindung stehen die doktrinellen Bezeichnungen *s. quaestuaria universalis* oder *simplex* (d. i. die römische gewöhnliche, s. Anm. [12]), und die der *s. negotiationis*, d. i. des auf ein bestimmtes Gewerbe gerichteten Gesellschaftvertrags. Die letztere ist die vorher besprochene Art der *societas*, und zwar unterscheidet man hier wieder die eigentliche Handelsgesellschaft, mit unbeschränkter (rücksichtlich des zu dem Handel bestimmten und dafür haftenden Vermögens) und allgemeiner Verpflichtung der Kontrahenten daraus gegen Dritte und unter einander, und die Kommanditen- und Aktiengesellschaft; letztere haben keinen civilrechtlichen Stamm, auf welchem sie erwachsen wären, wenn schon allgemeine, oder analog auch besondere civilrechtliche Normen dabei zur Anwendung kommen können, s. darüber Thöl a. a. O. S. 130 ff. 142 ff. Von der eigentlichen Handelsgesellschaft unterscheiden sie sich darin, dass bei der ersteren nur Einer direkt Dritten gegenüber unbeschränkt haftet, der Andere aber nur nach Proportion eines einzuschiessenden Kapitals Antheil am Gewinn und Verlust nimmt, so dass er höchstens das Kapital ganz einbüssen kann. Die Aktiengesellschaft ist die, wenn bei einem Handelsgeschäft jeder Theilnehmer nach Proportion eines bestimmten Beitrags am Gewinn und Verlust partizipirt. Uebrigens aber liegt der juristische Charakter der Aktienvereine ausserhalb des hier erörterten Gebiets, indem dieselben juristische Personen sind; s. bes. R. Hermann der Rechtschar. der Aktienvereine, Lpzg. 1858. S. 4 ff. 20 ff. 65 ff. Vergl. Bd. I. §. 15. Anm. [24]. — Seitdem Vorstehendes geschrieben wurde, ist ein gesammtes deutsches Handelsrecht und Seerecht bearbeitet worden, welches auch den obstehenden Gegenstand genauer organisirt hat.

[18] Hierdurch wird also namentlich näher bestimmt, was der Einzelne thun darf und thun soll, vergl. Treitschke §§. 17. und 18. Stimmenmehrheit entscheidet nur, wenn sie dafür anerkannt worden, ohnedies ist immer volle Uebereinstimmung nöthig.

[19] Fr. 1. §. 1. fr. 2. *h. t.*

[20] Fr. 52. pr. §. 13. *h. t.* (*v. idemque etc.*) dies auch bei der *societas omn. bonor.* s. fr. §. 16. *eod.* fr. 74. *h. t.* Unterholzner's Zweifel dagegen, a. a. O. S. 387. [6], scheinen mir nicht ausreichend. Andere Bedenken bezüglich der Anwendung dieser Stelle finden sich bei Treitschke §. 37. In Betracht nämlich, dass die Sache, welche der eine *soc.* für die Gesellschaft erwerben sollte, und erworben hat, ohne Zweifel dieser sofort gehörig wird, meint er, dass fr. 74. *d.* dem scheinbar widerspreche. Versteht man diese Stelle aber, was doch offenbar das Einfachste ist, und wie Treitschke sie §. 35. selbst auffasst, von einem vertragswidrigen Erwerb des *socius* für sich allein, so schwindet jedes Bedenken, und sie passt auf jede Art der Gesellschaft.

und Forderungen ist Klagenabtretung erforderlich[21]. Sowohl bei eingetretenen Gemeinschaften an Sachen können, ferner, bezüglich derselben, als auch bei Gesellschaftsverträgen anderen Inhalts zur Förderung des gemeinsamen Zwecks Leistungen aller Art, namentlich von Geld[22], Sachen[23], Handlungen oder Thätigkeitsäusserungen[24], bestehen sie in mechanischen oder intellektuellen Arbeiten und Diensten[25], erforderlich und Gegenstand der gegenseitigen Verpflichtungen der Kontrahenten sein. An den in Fällen der letzteren Art geleisteten Sachen tritt nicht nothwendig Gemeinschaft ein, sondern nur, wenn dieses besonders beabsichtigt worden. Ist das nicht geschehen, so werden nichtfungibele Sachen niemals weiter gemeinschaftlich, als zum Gebrauch und zur Benutzung bezüglich des Gesellschaftszwecks; fungibele hingegen werden gemeinsam, indem die Ueberlassung derselben zum Gebrauch nothwendig eine Uebereignung voraussetzt, nämlich an die Masse der Gesellschaft. Die Folge hiervon ist namentlich einmal, dass der Verlust eines Beitrags durch Unfall die Masse trifft, und der mit dem Rest erzielte Gewinn nichts desto weniger zur gemeinschaftlichen Vertheilung kommt; und ferner, dass nach Auflösung der Gesellschaft die Masse je nach dem Verhältniss der Beiträge der einzelnen Kontrahenten an diese zurückfliessen und unter sie vertheilt werden muss[26]. Hieran ändert sich auch dadurch nichts, wenn bei gleichen Beiträgen ungleiche Vertheilung des Gewinns und Verlusts beabredet worden, noch dann, wenn Einer allein die Masse in Geld und Geldeswerth hergegeben, und der Andere nur Dienste zu leisten hatte, d. h. es ist aus der nunmehrigen Masse dem ersteren zuvörderst sein hergegebenes Kapital zu erstatten, bevor von Vertheilung des Gewinns die Rede sein kann, und ist statt eines solchen eine Einbusse eingetreten, so kann der letztere in den Fall kommen, nun noch seinen Antheil daran dem ersteren hinauszahlen zu müssen, um dessen Kapital wieder voll zu machen[27].

[21] Fr. 3. pr. *h. t.*, es dürfte übrigens etwas für sich haben, unter Umständen *a. utilis* zuzulassen.

[22] §. 2. *I. de Societate* fr. 6. in f. fr. 29. pr. in f. fr. 52. §. 7. fr. 80. *h. t.*

[23] Fr. 29. pr. in f. *h. t.*

[24] §. 2. *I. d.* fr. 6. in f. 29. pr. in f. *h. t.*

[25] Fr. 6. in f. fr. 52. §. 2. 7. fr. 80. *h. t.* fr. 13. §. 1. *de Praescriptis verb.*

[26] Da mithin, soweit wirklich Gemeinschaft eingetreten ist, gleiche Theilung Statt finden muss, so muss bei Aufhebung einer *societas omnium bonorum* dieselbe ohne Rücksicht auf die Beiträge und Einschüsse der einzelnen *socii* erfolgen (s. nur Anm. 61); vergl. Glück a. a. O. S. 385. 4.

[27] Die obige Frage ist, besonders in der Voraussetzung, dass der Eine Geld hergeben, und der Andere Dienste leisten solle, ausserordentlich bestritten und sehr verschieden beantwortet worden. Manche wollen unterschieden wissen, ob die von der einen Seite zu leistenden Dienste so wichtig seien, dass dadurch das von der anderen Seite geleistete Kapital aufgewogen werde; dann werde letzteres gemeinschaftlich. Andere nehmen im Zweifel immer Gemeinschaft an; Dritte nur während der Dauer der Gesellschaft. S. die bei Glück a. a. O. S. 398. Gen. Er selbst erklärt sich für die von sehr vielen Aelteren vertretene Meinung, dass im Zweifel das von dem einen *socius* eingelegte Kapital ihm allein gehörig und nur der damit gemachte Gewinn gemeinschaftlich werde. Dafür spreche deutlich fr. 52. §. 2. *h. t.* und §. 2. *I. h. t.*; in fr. 58. §. 1. *h. t.* sei es als beabsichtigt zu betrachten, dass die Gelder hätten gemeinschaftlich werden sollen, und ebenso in fr. 52. §. 4. *h. t.*, wo ohnehin ein Einschiessen von Geldern von beiden Seiten her anzunehmen sei, der Schaden treffe dann auch allein nur den Konferenten des Gelds. Die Frage, welche übrigens nicht nur für den vorausgesetzten Fall, sondern auch im Allgemeinen für die von allen Kontrahenten konferirten Sachen von Wichtigkeit ist, und daher auch so ausgedrückt wird, ob eine sog. *soc. quoad sortem* Platz ergreife, oder nur *quoad usum*, und welche vorzüglich für den zufälligen Untergang und die Zurückgabe bei Aufhebung der *soc.* folgenreich ist, ist aber auch seitdem noch verschiedentlich zu lösen versucht worden, s. die bei Vangerow a. a. O. S. 446. Gen. Dieser selbst

Es ist durch den Begriff und das Wesen des Gesellschaftsvertrags selbst gegeben, dass sowohl jeder Kontrahent zu dessen Zweck etwas beizutragen [28], als dass er an diesem und seinen Vortheilen Antheil haben muss [29]; die Theilnahme am Schaden ist zwar hiernach nicht in gleicher Weise nothwendig, allerdings aber als eine regelmässige Folge zu betrachten, welche unter Umständen durch besondere Beabredung ausgeschlossen sein kann [30] (s. nachher); denn im Allgemeinen wird das

stellt folgende neue Ansicht auf, welche ich für richtig halte. Er unterscheidet zwischen unverbrauchbaren und unvertretbaren Sachen und denen, die dies nicht sind. „In Ansehung der ersteren sei im Zweifel nur *soc. quoad usum* anzunehmen, weil ein solcher unbeschadet des Eigenthumsrechts möglich, das Aufgeben des letzteren also nicht nöthig sei; z. B. es gebe Jemand sein Haus her, um darin das gemeinschaftliche Geschäft zu betreiben. Dies beweise auch das Beispiel in fr. 58. pr. *h. t.*, wenn die *soc. vendendae*, nicht *habendae quadrigae causa* eingegangen worden, und fr. 13. §. 1. *de Praescr. verb.* In Ansehung der letzteren hingegen sei umgekehrt *soc. quoad sortem* anzunehmen, weil sich diese Sachen nur mit Vernichtung des bisherigen Eigenthumsrechts daran gebrauchen lassen, die Gebrauchsüberlassung also nothwendig eine Eigenthumsüberlassung involvire, zu diesem Zweck aber eben die Einwendung geschehe; dies bestätige fr. 58. §. 1. *h. t.* Von selbst verstehe sich hierbei, dass nach Auflösung der *soc.* die Gelder in demselben Verhältniss restituirt werden müssen, wie sie eingelegt wurden, seien selbst bei ungleichen Einlagen gleiche Gewinn- und Verlustantheile bestimmt worden. Z. B. es hätten A. und B. resp. 1 und 2 unter dieser Bestimmung hergeschossen und letztere gehen z. B. durch Diebstahl verloren, mit den ersteren aber werden 3 gewonnen, so dass bei der Auflösung 4 vorhanden sind, so bekomme B. 2½ und A. 1½, denn der Gewinn im Vergleich zum ursprünglichen Soc.-Vermögen sei nur 1. Seien nur 2 gewonnen, so habe die *soc.* weder Gewinn noch Schaden, und es fallen also von den nun vorhandenen 3, 2 an B. und 1 an A. Wären nur 1 gewonnen, so sei ein Verlust von 1 eingetreten und dieser von jedem zur Hälfte zu tragen, so dass von dem vorhandenen Rest der 2 A. 1½ und B. ½ erhalte. Sei aber gar kein Gewinn gemacht worden, so habe die Societät 2 verloren, wozu jeder 1 beitragen müsse, so dass A. von dem übrigen 1 nichts erhalte, sondern dieses blos an den B. falle. — Nach denselben Grundsätzen sei der im Anfang dieser Anm. vorausgesetzte Fall zu beurtheilen; auch hier werden die Gelder gemeinschaftlich, und den Verlust trage die Societät, d. h. die *socii* nach den bestimmten Theilen, nicht der Konferent allein; bei Auflösung derselben hingegen seien die Gelder dem allein zu restituiren, der sie gegeben hat. Habe also B. nur *operas* zu leisten und A. 10 dazu hergegeben, während Gewinn und Verlust gleich vertheilt werden sollen, von den 10 aber wären 4 gestohlen worden, so sei es nicht etwa so zu halten, als seien nun nur 6 konferirt, vielmehr sei, wenn damit 6 verdient würden, der Gewinn der Societät nicht 6, sondern nur 2, A. erhalte also 11, B. 1 davon; wenn nur 4, so bekomme A. alles und B. gar nichts; wenn nur 2, so dass also die Societät 2 Schaden habe, so trage jeder die Hälfte, und somit habe B. an A. 1 herauszugeben."

28 Fr. 5. §. 2. *h. t.* fr. 16. §. 1. *de Minor.* fr. 32. §. 24. *de Donation. inter vir.* fr. 35. §. 5. *de Mortis caussa donat.* Es ist hiernach bestritten, ob, wenn solchergestalt *donationis caussa societas contracta est*, dies wenigstens als Schenkung gelte. S. Glück a. a. O. S. 403., indessen sind die Meisten der bejahenden Ansicht, s. diesen und die dort Gen. und Treitschke a. a. O. S. 7. Uebernähme der, wer, ohne einen Beitrag zu leisten, Antheil am Gewinn haben soll, auch einen Antheil am Schaden, so würde das eine Wette sein.

29 §. 2. *I. h. t.* fr. 29. §. 1. 2. fr. 52. §. 4. in f. fr. 67. pr. in f. *h. t.* Es kann auch einem der *socii* wegen besonderer Dienste ein besonderes Honorar oder *merces* ausgemacht sein; wäre ihm aber nichts weiter als ein solches bestimmt, so ist das keine Societät, sondern je nach Umständen ein anderer Kontrakt. Wenn fr. 13. pr. *de Praescr. verb.* und fr. 44. *h. t.* für den Fall, dass eine Sache *certo pretio vendenda data sit, ut si pluris vendidisset, quod excederet, tu haberes*, je nachdem *animo societ. contrah. id actum sit*, eine Societät als geschlossen annimmt, so mögte die römisch-prozessualische Beziehung hierin das Hauptsächlichste sein.

30 §. 2. *I. h. t.* fr. 52. §. 4. in f. *h. t.* fr. 67. pr. *h. t.* S. noch Anm. 43.

ganze Verhältniss durch das Princip der Gleichheit beherrscht[31]. Die Beiträge der einzelnen Kontrahenten können aber nicht nur nach den voranstehenden Andeutungen objektiv verschieden sein, so dass z. B. der Eine Geld, der Andere Sachen zu leisten hat, oder nur der Eine Sachen oder Geld, und der Andere Dienste, Bemühungen und Besorgungen[32], sondern auch quantitativ, also ungleich[33]. Ist über die Summe der Beiträge der einzelnen Gesellschaften nichts bestimmt worden, so versteht sich die Gleichheit derselben überall von selbst[34]. Auch hängt mit dem Werth des antheilmässigen Beitrags die Theilnahme am Gewinn nicht nothwendig und unabänderlich zusammen; allerdings ist dieser, wenn nichts darüber bestimmt worden, immer zu gleichen Theilen gemeinschaftlich, unterliegt aber übrigens willkührlichen Beabredungen[35]; und zwar gilt die Bestimmung des Antheils am Schaden allein, ohne des Gewinns zu gedenken, für diesen gleichergestalt, wie im umgekehrten Fall[36]. Sollten die Kontrahenten anstatt Gewinn zu machen, Schaden leiden, so verhält es sich mit dessen gemeinschaftlicher Tragung ebenso[37], d. h. die Tragung desselben zu gleichen Theilen ist die Regel, eine ungleiche muss besonders beabredet sein. Durch besondere Beabredung kann auch eine solche Vertheilung des Gewinns einerseits und des Schadens andererseits beliebt werden, dass die Antheile daran, je nachdem der erste oder der zweite gemacht wird, für den einzelnen

[31] S. die Stellen der vorigen Anm.

[32] S. Anm. 22—25.

[33] Fr. 5. §. 1. *h. t.*

[34] Der Gegenstand derselben, z. B. Geld, Getreide u. s. w., ist freilich nothwendig als bestimmt vorauszusetzen. Ist über die ganze Summe nichts bestimmt, so würde es darauf ankommen, ob sich diese aus der Natur des Geschäfts und den Umständen finden lässt. S. Treitschke S. 29.

[35] §. 1. *I. h. t.* fr. 29. pr. *h. t.* Es kann also auch dem einen *soc.* eine bestimmte Summe ausgeworfen werden, s. fr. 52. §. 7. *h. t.*, s. jedoch hierzu Treitschke S. 9. Bekanntlich ist es ausserordentlich bestritten, ob die *aequae partes* als Kopftheile, oder als proportionsmässige nach der Grösse der Beiträge zu verstehen seien; vergl. Glück a. a. O. S. 405. und die dort Anm. 100 Gen., der selbst der letzteren Meinung ist, welcher von den Neueren beitraten: Thibaut §. 542., Göschen Vorles. §. 521. und Treitschke a. a. O. S. 110 ff., während, ausser vielen älteren, bei Glück Anm. 101 Gen. von den Neueren namentlich Puchta §. 370. Unterholzner a. a. O. S. 382 ff. und Vangerow a. a. O. S. 458 ff. (bei diesem s. noch mehrere) die erstere Meinung vertheidigen. Ich muss mich ebenfalls für dieselbe entscheiden; es sprechen dafür so viele und starke Gründe, vor Allem, dass *aequae partes* in der Sprache der Quellen überall arithmetisch gleiche Theile bedeuten, (s. Glück selbst S. 407. 2) dass wohl nur ein Billigkeitsgefühl, verführt durch die Verschiedenheit der arithmetischen Voraussetzungen, der anderen Ansicht Anhänger erworben haben kann. Wenn aber namentlich in fr. 6. 76. und 80. *h. t.* im Gegensatz zu *aequis partibus* proportionsmässige als dem *arbitr. boni viri* entsprechend bezeichnet werden, so ist damit doch nur für das letztere, wenn die Bestimmung der Theilung danach geschehen soll, eine Direktion gegeben, nicht aber in offenbarem Widerspruch mit den übrigen Stellen gesagt, dass, auch wenn eine solche Konvention nicht geschehen, die proportionsmässige Vertheilung nach den Beiträgen der Natur des Kontrakts entspreche. Vergl. auch noch Vangerow a. a. O. S. 459. — In Bezug auf modifizirende Bestimmungen scheint fr. 29. pr. *h. t.* zu erfordern, dass derjenige einen grösseren Werth für die Societät haben müsse, wer einen grösseren Gewinnantheil haben soll. Unterholzner a. a. O. S. 383. t) erklärt dies so: unter allen Umständen gelte die Beabredung, indessen, wenn die Absicht zu schenken vorgewaltet habe, als Schenkung, nicht als Societät, und diese Absicht sei anzunehmen, wenn sich kein anderer Erklärungsgrund darbiete, ein solcher aber liege in der Regel darin, dass der eine mehr für die Societät thut, als der andere. Indessen ist doch die Frage, ob nicht gerade der in der Pandektenstelle ausgedrückte Zweifel durch §. 1. *I. h. t.* hat beseitigt werden sollen. Vergl. Bd. I. §. 4. a. E. Dafür scheint auch §. 2. *eod.* zu sprechen, s. darüber Anm. 39.

[36] §. 3. *I. h. t.*

[37] S. die Stellen der vorletzten Anm.

Kontrahenten nicht in gleichem Verhältniss stehen [38]; indessen wird das dann nicht auf jeden einzelnen Schadens- und Gewinnfall angewendet, sondern nur auf das sich durch Gegeneinanderstellung und Berechnung aller ergebende Gesammtresultat [39]. Dass der Eine allein den Gewinn haben, und der Andere allein den Schaden tragen solle, (sog. Löwengesellschaft) würde, als mit dem Wesen des Gesellschaftsvertrags unvereinbar, diesen ungültig machen [40]; doch würde darin eine gültige Schenkung anzuerkennen sein [41]. Dagegen aber ist die Beabredung, dass der Eine zwar am Gewinn, nicht jedoch am etwanigen Schaden Antheil nehmen solle, (abgesehen von dem Gesichtspunkt einer auch hierin gültigen Schenkung [42]) dann zulässig, wenn seine Leistungen im Interesse des gemeinsamen Zwecks so hoch zu veranschlagen sind, dass dagegen von den übrigen Theilnehmern der Schaden allein füglich übernommen werden kann [43]; nur findet hierbei, wenn der Gesellschaftsvertrag mehrere Angelegenheiten und Geschäfte umfasste, eine Ausgleichung des Gesammtgewinns mit der Gesammteinbusse Statt, so dass nur der bleibende Ueberschuss als reiner Gewinn in Anschlag kommt [44].

II. Ueber die Errichtung des Gesellschaftsvertrags [45], wofür im Ganzen die all-

[38] §. 2. *I. h. t.*; das *quia* ist hier jedoch nicht als Bedingung zu verstehen.

[39] §. 2. *I. h. t.* Diese Stelle ist auf ähnliche Weise anscheinend oder wirklich nicht in vollem Einklang mit fr. 30. *h. t.* wie §. 1. *eod.* mit fr. 29. pr. *h. t.* s. Anm. [35]. Wie die Pand.-Stelle lautet, scheint die Meinungsverschiedenheit des Mucius und Servius, die Justinian entscheidet, gar nicht existirt zu haben. Es sind daher eine Menge von Emendationsversuchen gemacht worden, s. Glück a. a. O. S. 420 ff. Viel für sich hat unter diesen Umständen der Vereinigungsversuch von Everard Otto, vergl. Treitschke a. a. O. S. 8. [4] und Vangerow a. a. O. S. 445., welchen letzterer so darstellt, „dass Servius dem Mucius darin beitrete: dessen Satz, *non posse societ. coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat*, sei richtig, wenn man ihn buchstäblich nehme, da nun aber bei einer Societät nicht von Gewinn und Verlust, sondern nur von einem von beiden die Rede sein könne, so sei der Satz, in Bezug auf das Endresultat hingesehen, falsch, indem daran allerdings, je nachdem Gewinn oder Verlust sich ergebe, die Theile verschieden bestimmt werden können.“ Unter allen Umständen giebt die Kombination der Instit.-Stelle mit der näheren Bestimmung des Servius in der Pand.-Stelle *sed potest etc.* einen genügenden Sinn, und diese kann nicht beanstandet werden. Vergl. noch Anm. [43] und wegen der Berechnung Anm. [44].

[40] Fr. 29. §. 2. *h. t.*; über die Benennung *soc. leonina* s. Glück a. a. O. S. 414. [14].

[41] Vergl. Glück a. a. O. S. 425. Treitschke a. a. O. S. 10. und Vangerow a. a. O. S. 443.

[42] Vergl. Treitschke a. a. O. S. 8.

[43] §. 2. *I. h. t.* fr. 29. §. 1. *h. t.* Hier ist wieder eine Kombination beider Stellen erforderlich; auch sind die Namen der Juristen, deren Meinungen in der ersteren referirt werden, verschieden angegeben. Ueber die Grenzlinie eines solchen Vertrags und wucherischer Zinsen s. Treitschke a. a. O. S. 10.

[44] §. 2. in f. *I. h. t.* Unterholzner a. a. O. S. 384. macht, unter Anknüpfung an den Fall bei Anm. [39], während sowohl dieser als besonders der obige dazu Veranlassung darbietet, darauf aufmerksam, dass es ein sehr verschiedenes Resultat geben könne, wenn die Rechnung erst bei Auflösung der Gesellschaft gelegt werde, und wenn jährlich, oder zu sonst bestimmten Zeiträumen. Ich glaube nun aber doch, dass §. 2. *d.* immer nur das Gesammtresultat vor Augen hat, im Zweifel also dieses anzunehmen ist.

[45] Es ist also der blosse *consensus* dazu erforderlich, fr. 19. *h. t.* Wenn fr. 4. pr. *h. t. re et verbis et per nuntium coiri posse* sagt, so ist das erstere nur von stillschweigender Vereinigung zu verstehen, das letztere von dem gewöhnlichen Einverständniss. Ueber die erstere vergl. Glück a. a. O. S. 389. Zur Perfektion des Kontrakts gehört auch, wenn die Bestimmung der Gewinnantheile dem *arbitr.* eines *socius* oder eines Dritten überlassen ist, dass dieser sich darüber ausspreche, fr. 75. *h. t.* Zur Eigenschaft eines solchen als *boni viri* gehört hier die Berücksichtigung der respektiven Beiträge, fr. 6. 76. 78. 80. *h. t.*, gegen Unbilligkeit ist Rechtshülfe gegeben, s. fr. 79. 80. *h. t.*

gemeinen Grundsätze gelten, ist im Besonderen dieses zu bemerken. Hat sich dabei der eine Kontrahent einer Arglist gegen den anderen schuldig gemacht, so ist der Vertrag dadurch nichtig[46]. Für den Vertrag sind die allgemeinen Nebenbestimmungen für seine Existenz zulässig, namentlich also kann er bedingt[47], oder mit Bestimmung eines Endtermins, oder unter einer Resolutivbedingung[48], nicht aber auf immer[49], vielmehr kann er wegen des seinem Abschluss zu Grunde liegenden persönlichen Zutrauens der Kontrahenten zu einander, oder ihrer besonderen persönlichen Eigenschaften, niemals über ihre Lebenszeit hinaus erstreckt und auf die Erben ausgedehnt werden[50]. Will Jemand zu einem zwischen Anderen bereits bestehenden Gesellschaftskontrakt hinzutreten, so müssen dazu alle bisherige Theilnehmer einwilligen; ausserdem würde nur derjenige, welcher allein dazu eingewilligt, einen besonderen Vertrag mit jenem eingehen[51].

III. Das durch den Gesellschaftsvertrag zwischen den Kontrahenten begründete Verhältniss ist ein vollkommen gegenseitiges[52], nämlich auf gemeinschaftliche Theilnahme am Gewinn wie am Verlust[53], und hat im Allgemeinen diese Folgen:

1. Jeder hat das zu leisten, herzugeben, einzuzahlen, zu besorgen oder zu übernehmen[54], was ihm dem Vertrag gemäs obliegt, s. Nr. I. bei Anm. 19. ff. und hat dabei in Bezug auf alle Angelegenheiten der Gesellschaft für denjenigen Grad der Achtsamkeit und Aufmerksamkeit einzustehen, welchen er in seinen eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt, und also einen minderen Grad der Schuld, als sonst in Kontraktsverhältnissen zu vertreten[55]. Rücksichtlich der ihm obliegenden

[46] S. Bd. I. S. 191. z. A. Bd. II. S. 297. [9].

[47] Dies letztere erst seit c. 6. *h. t.*, übrigens s. fr. 1. 14. *h. t.*

[48] Fr. 1. pr. *h. t.*

[49] Fr. 56. §. 9. fr. 70. *h. t.*

[50] Fr. 1. pr. *h. t.*

[51] Fr. 19. 20. *h. t.*; über ein solches doppeltes Gesellschaftsverhältniss s. Treitschke §. 53.

[52] Fr. 19. *de V. S.* in fr. 63. pr. *h. t.* wird von der *societas* gesagt, dass sie *jus quodammodo fraternitatis in se habeat*, indessen ist doch darauf nichts Besonderes weiter zu geben. Das Princip der möglichsten Gleichheit für die Beurtheilung der gegenseitigen Verhältnisse, und die Verhinderung jeder Uebervortheilung liegt schon in dem Zweck der Societät. — Die Infamie als Folge der geschehenen Verurtheilung in der *pro socio a.* (§. 2. *I. h. t.* fr. 1. 6. §. 6. *de His qui notantur*) ist antiquirt.

[53] Fr. 67. pr. *h. t.* (*quoniam soc. cum contrahitur tam lucri quam damni communio initur*). Vergl. Anm. [17] a. E.

[54] Fr. 52. §. 8. 13. fr. 71. pr. 73. *h. t.*; in der Doktrin spricht man hiernach wohl von einer *soc. rerum*, *operarum* und *mixta*. In sofern nun der einzelne *soc.* für den Ausfall gewisser Leistungen verantwortlich ist, ist er auch dazu allein berechtigt; dies kann ihm auch ausdrücklich eingeräumt sein, wobei aber besonders zu untersuchen wäre, ob er damit auch ausschliesslich verpflichtet ist. Ausserdem würde freiwillige Theilnahme des anderen *soc.* an der Leistung nicht abgelehnt werden können. Vergl. Treitschke S. 35. und oben Anm. [18]. Zu den Obliegenheiten des *soc.* gehört auch, dass er nichts thue, was nicht geschehen sollte. Allerdings binden die eigenmächtigen Handlungen desselben die übrigen *socios* nicht nur nicht, sondern sie können ihn auch diesen verantwortlich machen, indessen können hier Umstände und deren Aenderung namentlich bei Handelsgesellschaften doch manche eigenthümliche Folgen haben; s. Treitschke §. 25—28. In diesem Kreis wird denn auch noch die Frage oft von Interesse, mit welchem Recht ein *soc.* gleiche Geschäfte, wie die der Gesellschaft, auf eigene Rechnung machen dürfe, die im Zweifel, d. h. sobald nicht die Umstände des konkreten Verhältnisses eine Vertragswidrigkeit darin erkennen lassen, im weitesten Umfang zu bejahen ist. Treitschke a. a. O. 2. 58. ist hierin eine Unredlichkeit anzunehmen geneigt, und lehrt, dass stets bei den für einen bestimmten Gewerbszweig eingegangenen Gesellschaftsverträgen das stillschweigende Einverständniss anzunehmen sei, dass kein *soc.* für eigene Rechnung Geschäfte gleicher Art mache; allein das kann nicht zugegeben werden, s. auch Thöl S. 125.

[55] S. §. 101. Anm. [46] und [53]. Nach der in

Geschäfte, welche er einseitig Anderen zu besorgen überlassen hat, haftet er, wenn etwas dabei versehen worden, wie für eigene Handlungen[56]. Hat er der Gesellschaft Vortheil gestiftet, so kann er jedoch den von ihm derselben hiernach zu vertretenden Schaden nicht darauf in Gegenrechnung bringen[57]. Für den an gemeinschaftlichen Sachen angerichteten widerrechtlichen Schaden und sonstige dem Mitkontrahenten dolos zugefügte Verluste haftet jedoch der Gesellschafter nach den allgemeinen Grundsätzen vom Schadensersatz[58].

2. Jeder, wer für die Gesellschaft etwas eingenommen oder erworben hat, sei es aus der Verwaltung gemeinschaftlicher Sachen, oder aus der von Geschäften, hat dies zur Masse und beziehungsweise zur Vertheilung zu bringen[59], und zu dem Ende Rechnung darüber abzulegen[60]; hat er dazu gehörige Gelder selbst benutzt, so hat er diese ebenso zu verzinsen[61], wie wenn er gemeinschaftliche Gelder in seinen Nutzen verwendet hätte[62].

diesen Anmm. schon citirten Hauptstelle, fr. 72. *h. t.* und §. 9. *I. h. t.*, sind die übrigen zu verstehen, in welchen der *culpa* schlechthin Erwähnung geschieht, s. z. B. fr. 5. §. 2. *Commodati*, fr. 23. pr. in f. 52. §. 2. 11. fr. 72. *h. t.* s. darüber Hasse Culpa §. 69. Nach fr. 52. §. 3. *h. t.* ist der *socius* zur Prästation der gewöhnlichen *culpa levis* verpflichtet, wenn er Sachen des anderen *aestimatas accepit.* Hasse §. 49. nimmt auch hier nur die *dilig. quam suis* an, Glück a. a. O. S. 437. findet in der Stelle gesagt, dass der *socius* bei Entwendung gemeinschaftlicher Sachen stets *culpa levis* zu prästiren habe. Mir scheint jedoch in dem wiederkehrenden *quia aestimatam accepit* ein besonderes Gewicht von allgemeiner Bedeutung anerkannt zu sein. Wenn Glück ferner auch dann den *socius* für *culpa levis* verantwortlich macht, wenn er sich zu Diensten verpflichtet, die eine gewisse Kunst und Geschicklichkeit voraussetzen, so finde ich das zwar in fr. 52. §. 2. *h. t.* nicht gesagt, allein faktische Umstände dürften es hier freilich mit sich bringen, dass eine Vernachlässigung der der *c. levis* korrespondirenden *diligentia* gewöhnlich eine solche der *d. quam suis rebus* sein wird, während es bei diesem Maasstab, wo er erkennbar ist, auch bewenden muss, s. Treitschke S. 69 ff. Diese Stelle enthält vielmehr ein Zeugniss des früheren Streits darüber, ob der *socius* über die *culpa lata* hinaus hafte. Vergl. Hasse a. a. O. §. 69. z. A.

56 Fr. (22.) 23. pr. *h. t.*

57 Fr. 25. 26. *h. t.*, vergl. fr. 23. §. 1. *h. t.* bezüglich des bei vor. Anm. gedachten Falls. Wegen fr. 10. pr. *de Compens.* s. §. 104. Anm. 1 Nr. 3.

58 1. Fr. (45) 47 — (51) *h. t.* — *Aquilia eum teneri, — sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit.* 2. Fr. 59. §. 1. *h. t.*

59 1. Fr. 52. pr. 74. *h. t.* (Das zur Masse bringen besteht also in dem *communicare*). 2. Fr. 38. §. 1. (*fructus ex his rebus*) fr. 67. pr. §. 1. *h. t.* — Es ist übrigens hierbei das entscheidende Moment nicht zu übersehen, dass der *socius* (vorausgesetzt, dass er nicht *omn. bonorum soc.* war) für die Gesellschaft und nicht für sich gehandelt haben müsse, denn dann gehört ihm der Erwerb von Sachen, wie die kontrahirten Forderungen, obwohl er sowohl wegen der Verwendung gemeinschaftlicher Gelder zu solchem Zweck, wie wegen vertragswidriger Handlungen in dieser Beziehung seinen *sociis* verantwortlich werden kann, s. c. 4. *Commun. utr. jud.* c. 8. *Si quis alteri*, fr. 67. §. 1. *h. t.*

60 Arg. fr. 9. pr. *de Edendo.* Wann diese zu legen sei, ob erst nach Auflösung der Gesellschaft, oder während ihrer Dauer, ist aus de Umständen zu entnehmen.

61 Fr. 60. pr. *h. t.*, dass hierin keine *mora ex re* liege, darüber s. Madai Mora S. 215. und oben §. 87. Anm. 27 Nr. 1. A. M. sind hier Glück a. a. O. S. 442. 77, Unterholzner a. a. O. S. 388. h) und A., welche die Stelle so verstehen, dass weder in der blossen Benutzung der Gelder zu eigenen Zwecken, noch in dem Verzug allein ein Grund zu deren Verzinsung liege, sondern beides zusammentreffen müsse, dabei erklärt der letztere die in folg. Anm. cit. Stelle, welche für die diesseitige Erklärung noch ein bedeutendes Argument enthält, ganz willkührlich von „einem widerrechtlichen in seine Hände bringen." Ich trete aber hier der Meinung der bei Glück cit. Aelteren, die Madai gut vertheidigt, bei.

62 Fr. 1. §. 1. *de Usuris.*

3. Demnächst hat Jeder sowohl Antheil an den durch die Gemeinschaft entstehenden Vortheilen, sowie an dem bei Erwerbsgesellschaften gemacht werdenden Gewinn, als an dem entstehenden Schaden und Verlust, wie letzteres namentlich ebenfalls unter Nr. I. in Zusammenhang mit dem Wesen des Gesellschaftsvertrags bereits näher nachgewiesen worden ist. Was den Gewinn betrifft, so kommt bei der Theilung desselben nur derjenige in Betracht, welcher dem Gegenstand und dem Zweck der Gesellschaft angehört; der übrige verbleibt demjenigen, welcher ihn gemacht hat, allein[63]. Bei Erwerbsgesellschaften wird also der dem einen Kontrahenten durch Erbschaft oder letztwillige Verfügung oder Schenkung zufallende Gewinn niemals gemeinschaftlich[64], bei der das gesammte gegenwärtige und künftige Vermögen betreffenden Gemeinschaft hingegen wird aller Gewinn und Erwerb ohne irgend eine Ausnahme gemeinschaftlich[65]. Niemals aber braucht an dem, was der eine Kontrahent auf unerlaubte Weise gewonnen hat, dem anderen ein Antheil gewährt zu werden[66]. Ist es dennoch geschehen, so behält es dabei sein Bewenden[67]; nur wenn der erstere zur Zurückgabe an den durch die unerlaubte Handlung Verletzten verurtheilt worden, kann er den Antheil vom anderen zurückverlangen[68]. Dasselbe Princip gilt für die gehabte Einbusse, die Verluste und gemachten Schulden. Es müssen also zuvörderst die die gemeinschaftlichen Sachen treffenden Schäden und Verluste, in sofern einzelne Kontrahenten dafür nicht verantwortlich sind, nach den bezüglichen Antheilen getragen werden, wobei es allerdings von wesentlichem Einfluss ist, ob sie dem Eigenthum oder nur dem Gebrauch nach gemeinschaftlich sind[69]. Den ersteren werden diejenigen gleich geachtet, welche zwar einem der Kontrahenten noch allein gehören, über welche jedoch bereits im Interesse der Gesellschaft dergestalt verfügt worden ist, dass dadurch erst der Schaden möglich wurde, nicht also schon dann, wenn sie nur zu solchem Zweck bestimmt wurden, ohne dass eine die Verwendung dazu vermittelnde Handlung mit dem eingetretenen Verlust in ursachliche Verbindung trat[70]. Jeder Gesellschafter ferner,

[63] Fr. 3. §. 2. fr. 13. 38. §. 1. (Früchte der *res communis*) fr. 52. §. 5. 6. 8. fr. 63. §. 9. in f. *h. t.*, es steht hier einander entgegen, *quod quis non propter communionem*, oder *societatem, sed propter suam partem acquisierit*. S. die Stellen der ff. Anm.

[64] Fr. 7 — 11. 13. 60. §. 1. in f. *h. t.*

[65] Fr. 3. §. 1. fr. 52. §. 16. fr. 73. *h. t.* Auch die *dos*, welche dem einen von mehreren *sociis* eingehändigt worden, wird gemeinschaftlich; sie gebührt ihm jedoch zum Voraus, wenn bei Auflösung der Gesellschaft die Ehe noch fortwährt, *quia apud eum esse debet, qui onera sustinet*, und ebenso Behufs ihrer Rückzahlung; wenn und soweit sie jedoch nicht zurückgegeben zu werden braucht, kommt auch sie zur Theilung unter den *sociis;* fr. 65. §. ult. fr. 66. *h. t.*

[66] Fr. 52. §. 17. fr. 53. *h. t.*

[67] Fr. 53 — 55. *h. t.*

[68] S. diess. Stellen; in sofern hier eine Geldstrafe vom Uebelthäter zu erlegen ist, kann er den Antheil daran vom *socius, qui participaverit lucrum*, dann in Anspruch nehmen, wenn dieser wissentlich das unrechtmässig Erworbene in die Societät hat einwerfen lassen; dann nämlich soll diesen die Strafe mittreffen.

[69] Fr. 52. §. 3. (*commune damnum erit*) §. 4. in f. fr. 58. pr. §. 1. *h. t.* (Nach dem pr. der letzteren Stelle ist das Zusammenstellen mehrerer Sachen, um sie als ein Ganzes zu verkaufen, nur eine Societät zum Gebrauch).

[70] Fr. 58. §. 1. *h. t.* Zur Erläuterung des obigen Satzes ist Folgendes zu bemerken. Die Stelle hat das Beispiel, *si pecuniam contulissemus ad mercem emendam, et mea pecunia perisset.* Dass *conferre* hier nicht von einem wirklichen Zusammenthun oder von einem Untereinandermengen zu verstehen sei, erhellt daraus, dass hinterher noch von *mea pecunia* die Rede ist, was unmöglich wäre; ferner daraus, dass als Beispiel, wie *mea pecunia post collationem utrique perit*, der dabei eintretende Verlust, *quum peregre portaretur ad mercem emendam* genannt wird, und als Gegensatz dazu: *si ante collationem postquam eam destinasses.* Das *conferre*, und also namentlich im Gegensatz zum blossen *destinare*, ist mithin allgemein nur von einer

welcher im Interesse der Gesellschaft Auslagen und Verwendungen gemacht hat, kann von den übrigen deren antheilsmässigen Ersatz nebst Zinsen davon verlangen [71]; die Schulden der Gesellschaft, namentlich auch dafür, was in ihren Nutzen verwendet worden, sind gemeinschaftlich zu bezahlen [72]; von einzelnen Kontrahenten eingegangene Verbindlichkeiten haben Alle zu vertreten, und ihnen dafür Sicherheit zu bestellen [73]. Die Gemeinschaftlichkeit hat hier namentlich die Folge, dass, wenn einer von mehreren hierzu anzugreifenden Kontrahenten zahlungsunfähig ist, die übrigen das, was von ihm nicht zu erlangen ist, antheilsweise zu tragen haben [74]; ebenso muss demgemäs, wenn einer Schuldner der übrigen ist, und dem einen von diesen volle Zahlung geleistet worden, dem anderen aber diese wegen Zahlungsunfähigkeit nicht hat zu Theil werden können, der erste dem zweiten so viel herauszahlen, als zu einer verhältnissmässigen Ausgleichung erforderlich ist [75]. Bei einer das gesammte Vermögen umfassenden Gemeinschaft sind aus der Gesammtmasse alle für jeden nöthig werdenden Ausgaben und die von ihm gemachten Schulden zu bezahlen [76]. Nur was er in Folge unerlaubter Handlungen [77] zu zahlen, oder im Spiel verloren hat [78], fällt ihm allein zur Last [79]. Der zufällige Schaden oder Verlust an den einem Gesellschafter allein gehörigen nicht der Gesellschaft gemein-

solchen Handlung zu verstehen, wodurch ein thätiger Schritt zur Verwendung der Sache im Interesse der *communio* geschieht, also zur Berührung mit Dritten bezüglich derselben, während die blosse Bestimmung derselben zu solchem Zweck, wäre auch schon dabei eine Absonderung von der übrigen Vermögenssubstanz geschehen, dazu nicht ausreicht. Die Anwendung auf das Beispiel des fr. 58. pr. *h. t.* würde sich hiernach so gestalten: ist *habendae quadrigae*, *quae communicaretur*, *societas* beabredet worden, wonach der Eine ein Pferd zu den dreien des Anderen stellt, so wird nicht nur der Schaden zum Viertel dem ersteren ersetzt werden müssen, wenn das Pferd in den Stall des zweiten gebracht worden und darin von einem herunterbrechenden Balken erschlagen worden ist, sondern auch schon dann, wenn ihm Unglück auf dem Transport des Pferds zu den drei übrigen des anderen *socius* begegnet.

71 Fr. 38. §. 1. fr. 52. §. 10. 12. 15. (Reisekosten) fr. 60. §. 1. (keinen Ersatz einer Versäumniss, s. Treitschke d. Lehre v. d. Gewerbegesellschaft, S. 47. f.) fr. 61. 67. §. 2. *h. t.* c. 2. *eod.* fr. 4. §. 3. fr. 11. *Comm. divid.* in der dritten und vierten Stelle ist ein von Labeo gemachter Unterschied dessen, *quod in* und *quod propter societatem* verwendet worden, erwähnt, aber beseitigt. Nach fr. 67. §. 2. *d.* ist die Zinsforderung schlechthin gestattet, ohne bestimmten Nachweis, dass wirklich in Ansehung derselben eine Einbusse geschehen sei.

72 Fr. 12. 27. 67. pr. 82. *h. t.;* im Gegensatz hierzu stehen die Schulden der einzelnen *socii;* s. folgende Anmerkung.

73 Fr. 27. 38. pr. 67. pr. *h. t.* über fr. 27. *d.* sowie fr. 12. *h. t.* und deren Anwendung bes. auf heutige Konkurseröffnung über das Vermögen eines von mehreren *sociis* s. Treitschke §. 98 ff.

74 Fr. 67. pr. *d. quoniam societas — tam lucri quam damni communio initur.* Die Stelle drückt sich übrigens nicht ganz genau aus, wenn sie sagt, dass, was vom Insolventen *servari non potest*, *ad ceterorum onus pertinere.* Denn gesetzt, der betheiligte *socius* fordert von einem der drei übrigen *socii* $^1/_4$; ist dieser insolvent, so wird $^1/_{12}$ wieder auf ihn selbst fallen, und die beiden übrigen solventen nur $^2/_{12}$, nicht das ganze Viertel zu tragen haben.

75 Fr. 63. §. 5. *h. t.*; *ut utriusque portio exaequetur.* Natürlich ist das von geometrischer Gleichheit zu verstehen, also von procentmässiger Befriedigung der ganzen Summe.

76 Fr. 39. §. 3. *Famil. ercisc.* fr. 27. 52. §. ult. fr. 73. in f. *h. t.;* über die Dotirung der Töchter s. fr. 81. *h. t.* Ungleichheit der Einlagen und der Bedürfnisse ist hierbei ohne Einfluss; fr. 5. §. 1. fr. 73. §. 1. *h. t.*, vgl. Glück a. a. O. S. 383.

77 Fr. 52. §. ult. fr. 59. §. 1. *h. t.;* nach dieser Stelle gehört hierher auch der Verlust durch Ungehorsam im Prozess.

78 Fr. 59. §. 1. *h. t.*

79 Doch kommt hier wieder der bei Anm. 68 vorgekommene Satz zur Anwendung, wenn er den Gewinn aus den unerlaubten Handlungen mit Zustimmung der übrigen *socii* in die Masse eingeworfen hat.

schaftlichen Sachen endlich, trifft diese dennoch, so dass ihm antheilsmässiger Ersatz zu Theil werden muss, sobald er sich ihrer zu dem Zweck der Gesellschaft und zur Besorgung der desfallsigen Angelegenheiten bediente [80]; ebenso, wenn ihn der Zufall in Verbindung mit derselben in anderweiten Schaden gebracht hat, z. B. er bei einer Beraubung auf einer Geschäftsreise persönlich verletzt und genöthigt worden ist, ärztliche Hülfe zu suchen. — Rücksichtlich der Erfüllung ihrer gegenseitigen Leistungen steht den Kontrahenten das Beneficium competentiae zu [81].

4. Das Gemeinschaftsverhältniss hindert den einzelnen Kontrahenten nicht, über seinen Antheil an den gemeinsamen Gegenständen frei zu verfügen, also auch denselben zu veräussern [82], es ändert sich aber dadurch an seinen Beziehungen zur Gesellschaft gar nichts, sondern diese bestehen unverändert fort [83]. Auch ist der Käufer, wenn sich der Verkäufer gegen seine Mitkontrahenten anheischig gemacht hat, vor Ablauf einer gewissen Zeit nicht theilen zu wollen, hieran ebenfalls gebunden [84].

5. Durch die Endigung der Gesellschaft werden die gegenseitigen Forderungen, welche dadurch begründet worden, natürlich nicht aufgehoben, es müssen daher sowohl auch nach Auflösung der Gesellschaft die Gesellschaftsschulden gemeinschaftlich bezahlt, als, wenn einer der Kontrahenten eine solche bedingt kontrahirt hat, demselben Sicherheit wegen Schadloshaltung auf den Fall, dass die Bedingung eintrete, bestellt werden [85], — als endlich umgekehrt das, was einer für die Gesellschaft erworben und vereinnahmt hat, (s. oben Nr. 2.) natürlich zur Berechnung und Vertheilung gebracht werden [86]. Ebensowenig kann damit zugleich die entstandene Gemeinschaft ohne Unterschied der Gegenstände enden, dies trifft vielmehr nur bezüglich des gemeinschaftlich gewesenen Gebrauchs und der Benutzung der dem einen Kontrahenten gehörigen Sachen zu [87]. Soweit aber vermöge des Gesellschaftskontrakts eine dauernde Gemeinschaft, also des Eigenthums an Sachen, oder von Rechten eingetreten ist, kann jene nur durch eine Theilung dieser selbst aufgehoben werden. Auf diese Theilung besteht kraft der Gemeinschaft eine besondere Obligation, von welcher im nächsten Paragraphen gehandelt wird [88].

[80] Fr. 52. §. 4. *h. t.* (*rerum*, *quas secum non tulisset socius*, *nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. Sed et si quod in medicos impensum est etc.*) Die Besorgung der Gesellschaftsangelegenheiten also ist stets als Veranlassung vorauszusetzen, und dieser Zweck würde denn auch den Maasstab abgeben, wenn die Summe seines Verlusts in Frage kommt. Das der Stelle selbst entnommene Beispiel im Text führt allerdings zu der Konsequenz, dass, wenn der Verletzte gänzlich arbeitsunfähig geworden ist, die übrigen *socii* in den Fall kommen können, ihn mit ernähren helfen zu müssen.

[81] S. §. 91. Anm. [66]; vergl. Treitschke §. 88. 89.

[82] Fr. 68. pr. *h. t.* fr. 16. *de R. C.* und folg. §. Anm. [7]; sobald Theilungsklage erhoben worden, ist das nicht mehr statthaft, indem dann *res litigiosa* alienirt werden würde, es sei denn, dass die übrigen *socii* einwilligen, s. c. 1. in f. *Commun. divid.* Verfügungen auf den Todesfall sind ganz unbeschränkt, fr. 52. §. 9. *h. t.*

[83] Dies versteht sich von selbst, s. übrigens fr. 17. pr. *h. t.*

[84] Fr. 16. §. 1. *h. t.* fr. 14. §. 3. *Comm. divid.*, dies ist daraus zu erklären, dass der Käufer in das Obligationsverhältniss, vermöge dessen auf Theilung gedrungen, resp. für jetzt diese noch nicht verlangt werden kann, wie durch Cession eintritt, also auch die gegen seinen Cedenten bestehenden Einreden wider sich gelten lassen muss.

[85] Fr. 27. *h. t.*

[86] Dies bedarf weiter keiner besonderen Bestätigung; s. übrigens fr. 43. *h. t.*

[87] Denn dieses war nur von obligationenrechtlicher Natur und mithin nur auf die Dauer des Kontrakts berechnet.

[88] Im R. R. findet in dieser Beziehung eine mehrfache Unterscheidung zwischen der *a. pro socio* und *a. communi dividundo* Statt, wobei

6. Es versteht sich endlich von selbst, dass jeder der Kontrahenten an die besonderen Beabredungen des Vertrags und die dadurch begründeten Verpflichtungen gebunden ist[89].

IV. In dem Gesellschaftskontrakt an sich ist kein Grund gegeben, wodurch das Verhältniss der Kontrahenten zu Dritten eine Aenderung erlitte; vielmehr bleiben die einzelnen Kontrahenten sowohl ausschliesslich Schuldner ihrer bisherigen Gläubiger als ausschliessliche Gläubiger ihrer bisherigen Schuldner. Nur in sofern bei einer Gemeinschaft des gesammten Vermögens die Forderungen durch Cession gemeinschaftlich geworden sind, würde diese bezüglich der Schuldner ihre gewöhnliche Wirkung äussern. Was sodann die während der Gesellschaft entstandenen Obligationen betrifft, so bleiben die von einzelnen Kontrahenten für sich eingegangenen, welche keinen Bezug auf den Gegenstand der Gesellschaft haben, ebenfalls dadurch unberührt; nur die Gemeinschaft des ganzen Vermögens würde wieder die Veranlassung zu Cessionen der erworbenen Forderungen werden. Auch versteht sich, dass der Antheil des einzelnen Kontrahenten an der Gesammtsumme und dem Gewinn, wenn es dessen bedürfen sollte, von seinem Gläubiger, wie gewöhnlich angegriffen werden kann; in sofern es jedoch zu dessen Ermittelung erst einer Berechnung, und zu dieser des Abzugs der Gesellschaftsschulden von deren Aktiven bedarf, liegt, wenn der einzelne Gesellschafter etwa zahlungsunfähig geworden sein sollte, in jener Berechnung allerdings ein Grund, weshalb die Gesellschaftsgläubiger nothwendig vor den übrigen Gläubigern des Betheiligten, und also voll befriedigt werden müssen, wenn auch für diese nur procentmässige Befriedigung übrig ist[89b].

Was nun aber die in Bezug auf das bestehende Gesellschaftsverhältniss ent-

die prozessualischen Verhältnisse rücksichtlich derselben in den Vordergrund treten; es kann nämlich erstens mit der ersteren, *quod pro socio a. magis ad personales invicem praestationes pertinet*, nicht auf Theilung der gemeinschaftlich gewordenen Sachen und Rechte geklagt werden, sondern nur mit der letzteren, fr. 1. *Comm. divid.* (obwohl nichts dagegen steht, das Recht von dem Gesichtspunkt eines persönlichen Anspruchs aus zu betrachten und dergestalt in Anspruch zu nehmen, s. Unterholzner a. a. O. S. 391. u)); es kann ferner nur mit dieser dasjenige wiedergefordert werden, was ein *soc.* nach Auflösung der Gesellschaft auf gemeinschaftliche Sachen verwendet hat, fr. 65. §. 13. *h. t.* (*quia non est verum, pro socio communiterve id gestum esse*), dagegen aber kann, weil sie nur auf die Theilung körperlicher Sachen Bezug hat, die *a. pro socio* auch nach Anstellung jener noch bezüglich ausstehender Forderungen, oder überhaupt, soweit nicht ihr Inhalt und Gegenstand (*praestat. personales*) folgeweise durch die *a. comm. div.* erledigt ist, erhoben werden, fr. 43. *h. t.* Die materielle und praktische Bedeutung dieser Unterscheidung ist nun die, dass auch jetzt noch nicht die Obl. aus dem Societätskontrakt die Verpflichtung auf Theilung des Gemeinschaftlichen umfasst, sondern die durch jenen herbeigeführte *communio*, namentlich also werden körperliche Sachen nur durch die letztere zur reellen Theilung gebracht, während sie durch die erstere allerdings auch Behufs der Theilbestimmung betroffen werden (vergl. K. A. Schneider in Sell's Jahrb. Bd. I. S. 303. 3)). In sofern ist denn allerdings auch noch jetzt sehr wohl zu unterscheiden, aus welchem Verhältniss geklagt wird, resp. werden kann, und welche thatsächliche Behauptungen zu der Klage aus dem einen und aus dem anderen erforderlich sind; die formelle Seite des Unterschieds aber ist schon mit dem Formularprozess weggefallen. Uebrigens können die Verhältnisse sich auch so fügen, dass beide Klagen zu demselben Zweck möglich sind, s. fr. 17. pr. 38. §. 1. *h. t.* fr. 13. §. 2. fr. 14. *de Institoria*, fr. 27. §. 8. *de Peculio.* Und hierher gehören denn auch die Fälle möglicher (elektiver) Konkurrenz der *a. pro socio* mit anderen Klagen, s. 1, fr. 47. §. 1. fr. 48—50. *h. t.* 2, fr. 45—47. pr. *h. t.* 3, fr. 69. *h. t.* über diese Stelle s. Glück a. a. O. S. 449 ff. und bes. Leist in d. Ztschrft. Bd. 17. S. 351 ff.

89 Fr. 14. 17. pr. 41. 42. *h. t.*

89b S. fr. 27. *h. t.* und Treitschke a. a. O. §. 97. 98.

standenen Schulden und erworbenen Forderungen betrifft, so ist folgendermaassen zu unterscheiden. Es kommt zunächst darauf an, ob bei der Kontrahirung von Obligationen nur einer, oder ob alle Gesellschafter zusammen aufgetreten sind[90]. Im letzteren Fall treten die §. 89. II. A. enthaltenen allgemeinen Grundsätze ein, d. h. es ist jeder nur antheilsmässig betheiligt, sobald keine Solidarobligation eingegangen worden ist; der Antheil an der Verpflichtung aber ist hierbei nicht als Kopftheil zu verstehen, sondern je nach dem Verhältniss der Betheiligung an der Gesellschaft rücksichtlich der Tragung des Schadens[91]. Im ersteren Fall, für welchen

[90] Für Handelsgesellschaften ist in der im Text folgenden Beziehung die Firma von Bedeutung. Diese ist ein Name, den die Gesellschaft sich giebt und bekannt macht, und darin liegt nach allgemeinem Handelsgebrauch die Erklärung, dass die Gesellschaft diejenigen Geschäfte, welche einer der Theilnehmer unter diesem Namen machen werde, als Geschäfte der Gesellschaft ansehen wolle. Der Gebrauch derselben bei Abschluss von solchen hat also die Folge, dass für die Gesellschaft Verbindlichkeiten entstehen und Rechte erworben werden, nicht für den einzelnen *socius*, der sie macht, vorausgesetzt dabei ist aber allerdings, dass derselbe auch das Recht habe, in dieser Weise Geschäfte für die Gesellschaft zu machen, und sich der Firma zu bedienen. Dies hängt zunächst von der Beabredung, sodann von der konkreten Natur der Handelsgesellschaften ab. Fehlt es nämlich an ersterer, so ist im Zweifel immer anzunehmen, dass alle vollkommene Theilhaber einer eigentlichen Handelsgesellschaft das Recht haben, im Namen der Gesellschaft zu handeln, und also die Firma zu führen, sie heissen daher Komplementärs, Firmaführer; Kommanditisten haben es nicht. S. Treitschke a. a. O. S. 23. 155. Thöl a. a. O. §. 36. 38. Während nun die Firma nicht etwa eine moralische Person, sondern die Handelsgesellschafter wie unter ihrem wirklichen Namen bezeichnet, möge sie aus diesen, oder einer Zusammensetzung, oder einem fingirten, oder welchem Namen sonst bestehen, oder nur eine Benennung sein, wie „Industriecomptoir," „Gelehrtenbuchhandlung" u. s. w., die *socii* mithin als Träger der Firma erscheinen, sind Dritte, mit welchem ein *socius* Namens der Firma kontrahirt, immer als deren Gläubiger oder Schuldner zu betrachten, wenn nicht bezüglich desselben veröffentlicht worden ist, dass er nicht dazu befugt sei, Namens der Firma allein Geschäfte zu machen. Ist das geschehen, so kann diesem Mangel nur Genehmigung oder *in rem versio* abhelfen. Vergl. Treitschke S. 156. und Thöl §. 38. Die Frage endlich, wieweit jeder *socius* aus Handlungen des einzelnen *socius* hafte, kann zunächst sowohl davon verstanden werden, ob mit seinem ganzen Vermögen, nicht blos mit dem eingezahlten (oder schuldigen) Gesellschaftsvermögensantheil (wobei die „stille Gesellschaft" natürlich unberührt bleibt, s. Treitschke §. 9.), und ob in *solidum?* Sie ist nach gemeinrechtlichen Principien in der ersten Richtung zu bejahen. Denn eine solche willkührliche Abschichtung des Vermögens eines Privatmanns, — soweit nicht besondere Begriffe, wie Lehn- und Allodialvermögen und dergl. mehr, diese begründen — ist seinen Gläubigern gegenüber rechtlich bedeutungslos. Ob Jeder *in solidum* hafte, hängt davon ab, ob der kontrahirende Gesellschafter als Institor der Gesellschaft zu handeln befugt ist; es können dies also sämmtliche Firmaführer; dies nach der gemeinrechtlichen Analogie des Satzes bei Anm. 98. Vergl. Treitschke §. 54. 57. und Thöl a. a. O.

[91] Fr. 11. §. 1. 2. *de Duobus reis*, fr. 44. §. 1. *de Aedil. Ed.* fr. 71. pr. in f. *de Fidejuss.* Ganz irrig ist die von Einigen nach fr. 4. *de Exercit. act.* und fr. 27. *h. t.* aufgestellte Meinung, dass die *socii* während der Dauer der Societät aus den von ihnen selbst geschlossenen Geschäften solidarisch haften, vgl. Glück a. a. O. S. 462 ff. Dass die *socii* aber nur *pro portionibus societatis* haften, darüber s. fr. 4. pr. *d.* und fr. 44. §. 1. *d.* und vergl. Treitschke S. 143., Thöl S. 119. II. und Vangerow S. 453. Offenbar ist dies singulär, da den Gläubiger diese Verhältnisse der *socii* untereinander eigentlich nichts kümmern. Daher wird denn unbedenklich hier noch vorauszusetzen sein, wie auch die Beispiele der cit. Stellen anzunehmen berechtigen, dass derselbe überhaupt wusste, dass er mit *sociis* kontrahire, diese sich also als solche gegen ihn zu erkennen gegeben haben, ohne dass er jedoch deren gedachte Betheiligung zu kennen brauchte. Ist das nicht geschehen, so muss

vorausgesetzt zu denken ist, dass der eine Gesellschafter wirklich für die Gesellschaft und nicht für eigene Rechnung das Geschäft gemacht hat [92], und dass dieses, soweit es eine Veräusserung betrifft, gültig, d. h. mit Zustimmung der übrigen abgeschlossen ist [93], erscheint dieser auch nur als Gläubiger wie als Schuldner [94], doch können die übrigen sowohl rücksichtlich der gemachten Erwerbungen ihn auf Erfüllung seiner Obliegenheiten gegen die Gesellschaft in Anspruch nehmen [95], als umgekehrt, wenn das, was er schuldig geworden, in den Nutzen der Gesellschaft verwendet worden, von dem Gläubiger antheilsmässig in Anspruch genommen werden [96]. Durch Bevollmächtigte endlich, möge die Vollmacht einem der Gesellschafter oder einem Dritten ertheilt sein, treten die Gesellschafter in die Forderungen je nach ihren Antheilen ein [97], während sie umgekehrt nach den Regeln des §. 89. C. 6, durch solche solidarisch verpflichtet werden [98]. — Durch die Aufhebung der Gesell-

nach m. E. der Gläubiger berechtigt sein, sie als einfache Virilratenschulden zu betrachten. Dass dagegen umgekehrt jeder *socius*, ungeachtet einer verschiedenen Betheiligung bei der Societät nur zum Kopftheil Gläubiger werde, wenn nichts Anderes ausgemacht worden, versteht sich nach m. E. beim Schweigen der Gesetze über eine abweichende Anordnung von selbst. Hierin ist Treitschke a. M., ebenso Thöl S. 114., allein ich sehe keinen genügenden Grund zur Ausdehnung jener singulären Bestimmung. Mit der anderen Ansicht geräth man in ein Labyrinth von Fragen, aus welchem nur Willkühr helfen kann.

[92] Wenn also der eine *socius* im eigenen Namen gehandelt hat, so steht er ganz allein in der Obl., und diese hat auf seine *socios* gar keine Rückwirkung; Manche, auch Glück a. a. O. S. 468. und Thöl a. a. O. S. 119., behaupten zwar, dass fr. 82. *h. t.* (s. Anm. [96]) auch auf diesen Fall zu beziehen sei, mit Recht aber entgegnen Andere, dass darin vorausgesetzt sei, der *soc.* sei als *negotiorum gestor* aufgetreten, s. Treitschke S. 162 ff. und Vangerow S. 456. Allerdings kann aber der Einzelne hierdurch u. U. seinen *sociis* auf das Interesse verantwortlich werden, s. Anm. [59]. — Thöl hat a. a. O. anstatt obiger Unterscheidung, dass der *soc.* für die Societät kontrahirt habe, die: „wenn er angebe, dass er als Gesellschafter, aber nur für seinen Gesellschaftsantheil kontrahire, dann hafte er nur soweit sein Antheil am Geschäft geht.“ Dies finde ich aber in fr. 4. pr. *de Exercit. act.* nicht nur nicht gesagt, (s. vor. Anm.) sondern bin überhaupt der Meinung, dass sich ein solcher Fall vom ersten gar nicht unterscheiden würde.

[93] C. 1. *de Commun. rer. alien.* fr. 16. *de R. C.* Die Konsumtion gemeinschaftlicher Gelder durch den Empfänger wie die Unmöglichkeit der Vindikation überhaupt ersetzt freilich diesen Mangel.

[94] Fr. 67. §. 1. fr. 74. *h. t.* Da übrigens die Klage, welche der *socius* erworben, den übrigen unter Umständen auch ohne Cession, *utiliter*, zu Statten kommen kann, so können diese in solchen Fällen auch gleich mit ihm klagend auftreten. Vergl. Thöl a. a. O. §. 37. zu A. A. 1.

[95] Fr. 74. *h. t.*

[96] Fr. 82. *h. t.*; über verschiedene Zweifel rücksichtlich der Auslegung dieser Stelle s. Treitschke §. 61. und Vangerow a. a. O. S. 456., hier entscheidet der Antheil an der Bereicherung, s. Thöl S. 119.

[97] Vgl. Thöl a. a. O. S. 114. u. Treitschke a. a. O. S. 136 ff. Dem Auftrag steht Genehmigung natürlich gleich, s. fr. 60. *de R. J.* und Treitschke §. 31.

[98] Thöl a. a. O. S. 115. und Vangerow a. a. O. S. 454 f. behaupten, dass in diesen Fällen nach fr. 2. *de Exercit. act.* und fr. 27. §. 8. *de Pecul.* bezüglich dieser Solidarobligationen die *exc. divisionis* nicht Statt habe. Angenommen, dass jene Stellen sie wirklich ausschliessen, so müsste ich sie nach der von mir getheilten gemeinen Auffassung der Nov. 99. dennoch für zulässig halten; vergl. §. 89. Anm. [47]. Dass, wie Glück a. a. O. S. 466. nach Wernher, Carpzov und Leyser lehrt, die Praxis die *exc. divis.* ausschliesse, müsste erst noch mit besseren Gründen bewiesen werden. — Die von manchen Aelteren, und neuerlich wieder auch von Thöl a. a. O. S. 117. vertheidigte Meinung, dass die solidarische Haftung nur unter der Voraussetzung begründet werde, dass alle *socii* solvent seien, und also die Regressklage des einzelnen, welcher gezahlt, gegen sie von Erfolg sei, ist irrig, s. dagegen Glück a. a. O. S. 467. und Vangerow a. a. O. S. 455. — Für

schaft wird natürlich an den zwischen ihr und Dritten begründeten Verhältnissen nichts geändert [99].

V. Von den allgemeinen Beendigungsgründen der Obligationen erscheinen namentlich [100] folgende in besonderer Anwendung auf den Gesellschaftskontrakt: die allseitige Uebereinkunft, ihn aufzuheben [101], welche dann als stillschweigend geschehen betrachtet wird, wenn jeder der mehreren Gesellschaften solche Geschäfte, welche zu machen sie sich vereinigt hatten, für sich allein zu betreiben anfängt [102]; der Eintritt der Unmöglichkeit, den Zweck des Gesellschaftskontrakts zu erreichen, im Besonderen also der Untergang seines Gegenstands [103]; die Beendigung des Geschäfts, welches diesen ausmachte [104]; der Eintritt eines bestimmten Endtermins [105], der jedoch einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Fortsetzung nicht entgegensteht. Ausser diesen allgemeinen Beendigungsgründen ergreifen aber hier noch folgende besondere Platz:

1) die einseitige Aufkündigung [106]. Diese ist hier wegen der durch die Gemeinschaft leicht entstehenden Streitigkeiten als gestattet angesehen worden [107], dergestalt, dass nicht nur die Beabredung einer Gesellschaft auf immer, d. h. hier auf Lebenszeit, oder niemals austreten zu wollen, unwirksam ist [108], sondern dass, selbst wenn dies nur für einen gewissen Zeitraum beabredet worden, der einseitige Rücktritt wenigstens aus triftigen Gründen, wohin auch getäuschte Erwartungen gehören, welche den Umständen nach gehegt werden durften, und worüber dem richterlichen Ermessen das Weitere zu bestimmen obliegt, vor der Zeit freisteht, ohne dass man deshalb auf das Interesse in Anspruch genommen werden könnte [109]. Dagegen aber darf allerdings die Aufkündigung nicht unzeitig geschehen [110], d. h. so, dass die Interessen der Gesellschaft darunter leiden [111], sondern hierin würde eine Verletzung der kontraktlichen Obliegenheiten liegen, und noch weniger arglistiger Weise [112], d. h. um einen Gewinn allein zu machen, und ihn der Gesellschaft zu entziehen; geschieht das, so tritt bis dahin, wo die Aufkündigung nunmehr als zulässig erscheint, die eigenthümliche Wirkung ein, dass derjenige, welcher gekündigt

die Handelsgesellschaften kommt hier namentlich die dem Institor ertheilte Procura in Betracht, s. Thöl a. a. O. S. 115. und §. 38.

[99] Vergl. Bülow und Hagemann Erört. Bd. VI. Nr. 62., also natürlich auch nicht, wenn bei Handelsgesellschaften Einer die Activa und Passiva übernimmt, vgl. Elvers Themis, Bd. I. S. 517. 521. Treitschke §. 90. 92. Thöl S. 127.

[100] Die in fr. 65. pr. *h. t.* genannte Stipulation dürfte als Novation zu verstehen sein, vergl. Unterholzner a. a. O. S. 384. b).

[101] Fr. 65. §. 3. *h. t.*

[102] Fr. 64. *h. t.*

[103] Fr. 63. §. ult. fr. 58. pr. *h. t.*

[104] Fr. 63. §. ult. *d.* §. 6. *I. h. t.*

[105] Fr. 65. §. 6. *h. t.*

[106] Fr. 4. §. 1. fr. 63. §. ult. *h. t.* c. 5. *Comm. divid.* In fr. 65. §. 7. 8. und c. 7. *h. t.* ist ausdrücklich hervorgehoben, dass die Kündigung auch an Vertreter anderer Personen geschehen könne, was sich eigentlich von selbst versteht. S. Treitschke §. 67.

[107] Fr. 26. *de S. P. U.* fr. 77. §. 20. *de Leg.* II.

[108] 1, Fr. 1. pr. 70. *h. t.* 2, fr. 14. *h. t.* der Austritt ist hier ohne Verantwortung stets gestattet; vergl. Treitschke §. 67. a. E. und §. 72.

[109] Fr. 14—16. (*potest rationem habere renunc. — quia conditio quaedam, qua societas erat coita, ei non praestatur; aut quid, si ita injuriosus et damnosus socius sit, ut non expediat eum pati? vel quod ea re frui non liceat, cujus gratia negotiatio suscepta est? — si reipubl. caussa socius diu abfuerit etc.*) fr. 65. §. 6. (*ex necessitate quadam*) *h. t.* Vergl. Treitschke §. 67. b).

[110] Fr. 14. 17. §. 2. *h. t.* Vergl. Anm. [112]; s. Treitschke §. 69. 4.

[111] Fr. 65. §. 5. *h. t.*

[112] Fr. 65. §. 3. 4. 6. *h. t.* §. 4. *I. h. t.* Unterholzner a. a. O. S. 385. [5] zählt die Unzeitigkeit zum *dolus*, wozu ich doch keinen Grund sehe; die Wirkung ist allerdings aus beiden Ursachen dieselbe.

hat, rücksichtlich der Leistung des Interesses noch in dem Gesellschaftsverhältniss zu den übrigen stehend betrachtet wird, nicht aber diese zu ihm [113]. Dies hat dann zur Folge, dass er den Gewinn, von welchem er sie auszuschliessen beabsichtigte, oder unabsichtlich durch die grundlose unzeitige Kündigung ausschloss, dennoch mit ihnen theilen muss, ohne an demjenigen Theil zu nehmen, welchen sie seit der Aufkündigung gemacht haben, während ihm nicht nur der von ihm gemachte Schaden allein zur Last fällt, und er zu dem von den übrigen, so lange das Verhältniss noch wider ihn als bestehend betrachtet wird, als Gesammtresultat erlittenen beitragen muss, sondern auch umgekehrt an dem von diesen gemachten Gewinn keinen Theil nimmt [114]. Abgesehen aber auch hiervon, endet die Gesellschaft durch die einseitige Kündigung immer nur zum Nachtheil dessen, welcher kündigt, sogleich, während sie wider ihn und für die übrigen in gleichen, wie den vorgedachten Aeusserungen rücksichtlich der Betheiligung an Schaden und Gewinn erst dann endet, wenn letztere davon in Kenntniss gesetzt worden sind [115]. Einer Form für die Kündigung bedarf es weiter nicht; eine solche ist auch in der Anstellung der Klage in der Absicht, die Gesellschaft aufzuheben, enthalten [116]. Die Fortsetzung der Gesellschaft durch die übrigen Theilhaber nach Kündigung des einen erscheint als eine neue, doch kann für diesen Fall ursprünglich das Fortbestehen des Verhältnisses unter den übrig bleibenden ausdrücklich bevorwortet worden sein [117].

2) Der Tod eines Gesellschafters [118]; doch ist auch hierbei die Beabredung im Voraus, dass die Gesellschaft unter den übrigen fortdauern solle, zulässig [119]. Das Verhältniss selbst vererbt sich also nicht, wäre dies selbst ausgemacht worden; sollen die Erben eines Verstorbenen zu der unter den übrigen fortdauernden Gesell-

[113] Fr. 65. §. 3. 4. 6. *dd.* (*a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare*).

[114] 1. Fr. 65. §. 3. 4. *h. t.* §. 4. *I. h. t.*; soweit das nicht beabsichtigt ist, verbleibt ihm der seit der Aufkündigung ihm zufallende Gewinn. 2. Fr. 17. §. 1. fr. 65. §. 6. *h. t.* Vgl. Treitschke a. a. O. S. 182.

[115] Fr. 17. §. 1. *h. t.*

[116] Fr. 65. pr. *h. t.* Glück a. a. O. S. 446. [86] sucht, *actione* für *actu*, d. h. *ipso facto* erklärend, zu beweisen, dass diese Stelle anders zu verstehen sei, indem es der Klage zu diesem Zweck gar nicht bedürfe; nämlich durch Anstellung der sog. Generalklage auf Ablegung der Rechnung und Vertheilung des Gewinns und Verlusts, die erst nach Endigung der Societät angestellt werden könne, gebe der Kläger die Absicht zu erkennen, dass die Societät aufgehoben sein solle. Allein es ist nicht einzusehen, warum hier, wo *actio* aus fr. 63. §. ult. *h. t.* für *judicium* erklärt, und dieses *ideo dictatum*, *ut societas distrahatur*, bezeichnet wird, nicht die Klage verstanden werden solle, welche die Auflösung wirklich zum Zweck hat. Vergl. Unterholzner a. a. O. S. 385. [h]). Dass dem *socius* daran liegen könne, durch Urtheil seine Kündigung als rechtlich und statthaft anerkannt zu sehen, ist einleuchtend.

[117] Arg. fr. 65. §. 9. *h. t.* s. folg. Anm.

[118] §. 5. *I. h. t.* fr. 60. pr. in f. fr. 63. §. ult. fr. 65. §. 9. *h. t.* vergl. §. 106. D. 2. b). S. Treitschke §. 72. — Wenn sich die letzte Stelle so auszudrücken scheint, als dauere die frühere Gesellschaft unter den übrigen *sociis* fort, so ist das doch nicht so zu verstehen, sondern es ist immer eine neue eingegangen, obwohl der unmittelbare Anschluss derselben an die frühere den Unterschied kaum wird gewahr werden lassen. Vergl. auch Thöl a. a. O. §. 39. z. A. und arg. fr. 58. §. 3. *h. t.* Wenn nun die Gesellschaft mit Personenwechsel fortdauert, ist besonders im Handelsrecht die Frage nicht selten, in wiefern die ausgetretenen Theilnehmer für die Schulden der neuen Gesellschaft haften? Thöl S. 128. bejaht sie nach fr. 58. §. 2. *h. t.* für den Fall, wenn die Veränderung der Gesellschaft nicht auf eine Dritte verbindende Weise bekannt gemacht worden, oder sie ihnen wenigstens nicht bekannt gewesen sei, und wenn der Dritte mit einem solchen Gesellschafter oder einem Anderen kontrahirt habe, welche er demnach als Vertreter der alten Gesellschaft anzusehen berechtigt war. Es sind somit einfach die Grundsätze der *institoria a.*, welche hier entscheiden.

[119] Fr. 65. §. 9. *h. t.* §. 5. *I. h. t.*

schaft hinzutreten, so bedarf es einer besonderen Aufnahme [120]. Dagegen aber treten die Erben natürlich in die Forderungen, also auch bezüglich des aus gemeinschaftlichen Angelegenheiten sich nach seinem Tod erst noch ergebenden Gewinns, wie in die Verpflichtungen ihres Erblassers ein [121], und haben denn auch die von ihm für die Gesellschaft begonnenen Verrichtungen fortzusetzen, dabei jedoch nur Dolus zu vertreten [122]. So lange jedoch der Tod des einen Gesellschafters den übrigen noch nicht bekannt geworden, wird in Betreff der von diesen noch unternommenen Gesellschaftsgeschäfte und des daraus entspringenden Vortheils oder Nachtheils die Gemeinschaft noch als fortdauernd betrachtet [123].

3) Der Verlust des gesammten Vermögens von Seiten eines Gesellschafters durch Verarmung, Konfiskation oder Konkurseröffnung [124]. Der Beschluss der übrigen Theilhaber, die Gesellschaft fortzusetzen, erscheint hier als der Abschluss eines neuen Gesellschaftskontrakts [125].

§. 122.

Die Gemeinschaft und die Grenzverwirrung.

A. Die Gemeinschaft ist die Zuständigkeit eines Rechts nach intellektuellen Theilen [1] für Zwei oder Mehrere. Damit ist zugleich die Möglichkeit einer solchen gemeinschaftlichen Berechtigung rücksichtlich der Gegenstände angedeutet. Die Gemeinschaft ist nämlich danach nur in Anwendung auf Sachen gedacht, also in der That auf den Inhalt des an diesen gemeinschaftlichen Rechts [2], mithin vorherrschend auf das Eigenthum [3], sodann auf die dessen wesentlichste Befugnisse umfas-

[120] Fr. 52. §. 9. fr. 63. §. 8. (das besondere Verhältniss der *socii vectigal.* ist antiquirt); §. 9. fr. 65. §. 11. *h. t.*, fr. 35—37. 59. pr. *eod.*

[121] Fr. 35. 36. 63. §. 8. fr. 65. §. 2. 9. *h. t.*

[122] Fr. 40. *h. t.* Glück a. a. O. S. 474 f. und Unterholzner a. a. O. S. 392. d) nehmen nach fr. 35. 36. u. 65. §. 9. *h. t.* an, dass der Erbe hier dieselbe *culpa*, wie der Erblasser, zu vertreten habe, allein diese Stellen beziehen sich, wie die letzte sagt, darauf, *quod ex ante gesto pendet*, also auf die bereits vom Erblasser begangene *culpa*.

[123] Fr. 65. §. 10. *h. t.*, so ist das *deinde tunc sequatur res de qua societ. coierunt* hier zu verstehen.

[124] Fr. 4. 65. §. 1. 12. (*omnia bona*) *h. t.* §. 7. 8. *I. h. t.* s. Treitschke §. 70. 71. und über die durch die Konkurseröffnung über das Vermögen eines von mehreren Handelsgesellschaften rücksichtlich des Gesammtvermögens entstehenden Folgen, Verwickelungen und Lösungen s. dens. §. 95. 96.; es bleibt bei der Regel, dass, da mit jenem Ereigniss die Gesellschaft endet, auch das Vermögen zu berechnen und nach seinem alsdannigen Betrag zu theilen ist. Zu dieser Berechnung gehört auch die (volle) Zahlung der Societätsschulden; s. o. bei Anm. 89b. Geräth die ganze Societät in Konkurs, so haben die Societäts-Gläubiger nicht etwa ein Vorzugsrecht am Societäts-Vermögen vor den Gläubigern der einzelnen; über die Ordnung der verschiedenen Konkursmassen s. Treitschke §. 100.

[125] §. 8. *I. h. t.*

[1] Vergl. §. 41. Nr. VII.

[2] S. ebendas. und bes. Anm. 81.

[3] Der Begriff der *communio*, der *communis res* und *communi dividundo actio* ist: 1) im Zweifel allemal vom Eigenthum verstanden, vergl. z. B. fr. 1. 2. *Communi divid.* (künftig *h. t.* cit.) fr. 31. *Pro socio*. Von selbst versteht sich hiermit die Ausdehnung auf die Verhältnisse, welche nur *Publiciana a.* gewähren, fr. 7. §. 2. *h. t.* vgl. §. 49. Anm. 35. 2) Wegen der auf Emphyt. und Superf. s. fr. 7. pr. *h. t.* und fr. 1. §. 8. *de Superf.* (nach R. R. ist von hieran das *jud. comm. div.* ein *utile*). 3) Wegen der auf Fälle, *si justa caussa est possidendi*, (vergl. §. 42. Nr. IV.) s. fr. 7. §. 3. (*si ex caussa indebiti res possideatur*) 8. (*si duo a Praetore missi sint in poss. legator. et si duo ventres*) *h. t.* 4) Wegen der auf fehlerlosen Besitz, s. fr. 7. §. 5. *h. t.* Zwischen Mehreren, die *precario possident*, ist, ungeachtet diese *possessio* eine *justa* ist, keine *communio* zum Behuf anzustellender Theilungsklage vorhanden, noch weniger natürlich zwi-

senden Rechtsinstitute der Emphyteusis und Superficies, demnächst auf rechtmässigen oder nur fehlerlosen Besitz, und auf den Niessbrauch; Prädialservituten kommen von dem Grundstück, für welches sie bestehen, getrennt nicht in rechtlichen Betracht. Auf Forderungen ist daher der Begriff der Gemeinschaft nicht ausgedehnt worden, ausgenommen soweit sie in der Gemeinschaft ihren Grund finden, und solche Gerechtsame zum Gegenstand haben, welche sonst Inhalt von Prädialservituten zu sein pflegen; auch dauert der Begriff der Gemeinschaft bei wirklich ge-

schen *praedones* und *qui clam possident*; s. §. 4. 5. *eod.* 5) Nach fr. 7. §. 7. *h. t.* ist das Verhältniss auch für mehrere Niessbraucher, nach fr. 10. §. 1. *h. t. si usus tantum noster sit*, und nach fr. 19. §. 4. *h. t.* auf *jura separata a fundo*, als bestehend anerkannt. 6) Nach §. 6. *eod.* endlich auch für mehrere Pfandgläubiger, und zwischen dem Pfandgläubiger des einen *socius* gegenüber dem anderen; s. §. 76. Nr. I. 1). — Hiermit ist die äusserste Grenze der *communi dividundo actio* erreicht, und zwar erscheint sie in der letzten Anwendung schon nur aus römisch-prozessualischen Gründen zugelassen, gleich der *famil. ercisc. a.* und *a. finium regundor.*, indem es erst einer vorbereitenden Maasregel der Theilung zur möglichen Ausübung des Pfandrechts bedarf, s. Sintenis Pf.-R. S. 593. 2), so dass also in der That ein Gemeinschaftsverhältniss zwischen den hier konkurrirenden Personen nicht besteht. Die Gemeinschaft erstreckt sich mithin namentlich nicht auf Forderungen, fr. 7. §. 11. *h. t.*, ausgenommen, soweit diese in ihr ihren Grund finden, s. §. 3. *I. de Obl. quae quasi ex contr.* und zwar auch dann nur zunächst als Accessorium, wie dies auch neben *in rem actiones* vorkommen kann, s. im Text hinter Anm. 22 ff., sodann s. noch nachher Nr. 2. Rücksichtlich anderer kommen die Grundsätze des §. 89. II. zur Anwendung. Zwar kann bei den Solidarobligationen etwas Aehnliches vorkommen, in sofern der einzelne Gläubiger oder Schuldner, welcher das Ganze erhoben oder gezahlt hat, von den übrigen auf deren Antheile in Anspruch genommen werden, resp. diese fordern kann, s. oben Bd. II. S. 144 ff. und das. Anm. 52 und 55, allein dazu bedarf es in ersterer Beziehung eines anderen, besonderen Rechtsverhältnisses, und in der zweiten ist auftragslose Geschäftsführung anzunehmen. Die Rechtswohlthat der Theilung, S. 139., hat mit der *discessio e communione* gar keine Aehnlichkeit. — Zu diesen Ausdehnungen des Begriffs der *communio* ist folgendes Weitere zu bemerken. 1. Wenn nach fr. 10. §. 1. *h. t.* der *usus* Gegenstand der *communio* sein kann, so ist das kein Widerspruch gegen die in §. 57. Nr. 6., und das. Anmerk. 16 enthaltenen Grundsätze, denn damit ist nicht die *communio* des *usus* verneint, sondern nur die Möglichkeit eines theilweisen *usus*. Vielmehr ist, in sofern dessen Erwerb, wie der jedes anderen Sachenrechts, für Mehrere nicht unmöglich ist, die *communio* eine unmittelbare Folge davon, und davon wieder die *discessio e communione*, welche dann zwar nicht wie beim *ususfr.* durch eigentliche Theilung, sondern *propter necessitatem* nur durch die in der Stelle gedachte Abfindung des einen Theilhabers möglich ist. Ist also a. a. O. der Niessbrauch allein von der dort aufgestellten Regel ausgenommen, so ist das darum geschehen, weil der Bezug der Früchte wirklich theilbar ist, jener also auch an einem ideellen Theil einer Sache bestellt werden kann. Uebrigens darf hierbei nicht vergessen werden, was §. 60. von der praktischen Bedeutung des *usus* neben dem *ususfructus* gesagt worden ist. 2. Wenn Glück Bd. XI. S. 125. auch zwischen Theilhabern einer gemeinschaftlichen Prädialservitut nach fr. 19. §. 4. *h. t.* die *comm. div. a.* auf deren getheilte Ausübung für statthaft erachtet, so sagt diese Stelle ganz klar das Gegentheil; das Recht, in Betreff dessen die *communio* darin bejaht ist, ist ja als *separatum a fundo*, also als persönliches (aber *in concreto* vererbliches) bezeichnet, s. §. 57. Anm. 16. Was sind das aber für *jura?* Als sog. irreguläre Servituten sind sie darum nicht aufzufassen, weil diese schon unter den Begriff des *usus* oder *ususfructus* treten, s. §. 58. Anm. 2. Es ist daher m. E. an Fälle der in dieser Anm. unter Nr. 2, angedeuteten Art zu denken. Von diesen erklärt sich dies auch darum, weil dabei zwischen mehreren Berechtigten ein den gemeinschaftlichen Personalservituten möglichst ähnliches Verhältniss hergestellt wird; es standen auch dem zum *iter aquarum* nur persönlich Berechtigten manche sonst auf Grundbesitz berechnete Rechtsmittel zu, s. fr. 1. §. 12. *de Aqua cott.* vergl. *Gul. Forner. Select.* c. 28. in f. (*Thes. Ott.* T. II. p. 79.) 3. Bezüglich der Prädialservituten ist also eine *communio* nicht vorhanden, fr. 19. §. 4. *h. t.*,

schehener aussergerichtlicher Theilung des Gemeinschaftlichen in sofern fort, als diese nicht so geschehen ist, dass dadurch eine wirkliche Befriedigung des zuständigen Anspruchs erfolgt, sondern eine Uebervortheilung eingetreten ist, was denn freilich nur auf die desfalls begründeten Forderungen bezüglich der nachträglichen Ausgleichung Folgen äussern kann. Entstanden sein kann eine solche Gemeinschaft auf mannigfache Weise, vorerst durch Vertrag, d. i. durch den Gesellschaftskontrakt, s. vor. §., sodann durch die gemeinschaftliche Zuwendung in Folge letzt-

denn *ipsius fundi sunt;* es kann m. a. W. die rechtliche Gemeinschaft an ihnen in keinen abgesonderten Betracht kommen, so wenig, wie sich von ihnen zu einem intellektuellen Theil Gebrauch machen lässt; s. §. 57. Nr. 6. Die rechtlichen Verhältnisse, welche im Fall der Konkurrenz Mehrerer, d. h. hier entweder mehrerer Eigenthümer des *praed. dominans*, oder des Eigenthümers des *praed. serv.* neben jenen, zum Gebrauch, oder zur Benutzung und Theilnahme an dem Ertrag oder dem Inhalt einer Serv. (vergl. §. 57. Anm. [14], [16] a. E. und bei und in Anm. [20] und [24]) zwischen jenen bestehen, um diese wider einander durchzusetzen, sind theils selbstständige, d. h. ausser der *societas*, im Fall die *communio* durch diese begründet ist, *usus* oder *ususfructus*, (s. die cit. Anm. [20]) oder Eigenthum, (s. die cit. Anm. [14],) woraus denn auch Stoff zu Exceptionsgründen gegen anderseitige Klagen zu entnehmen ist, theils die *communio rei* in Anwendung auf die Nebenforderungen, wohin auch der Ertrag von Servituten gehört, den ein *socius* allein bezogen, (fr. 3. pr. *h. t.*, s. die cit. Anm. [16] a. E. u. [24]) solchergestalt, dass die Klage darauf auch während bestehender *communio* der Hauptsache erhoben werden kann, s. Anm. [23]. 4. Ueberhaupt ist endlich über das Verhältniss der *a. communi div.* zu den Klagen aus anderen sachlichen Rechtsverhältnissen zwischen den Kommunionsinteressenten zu bemerken, dass die erstere zwar im Allgemeinen als darauf berechnet erscheint, die verschiedenen Klageberechtigungen der Theilhaber gegen einander, soweit sie auf die gemeinschaftliche Sache Bezug haben, zu umfassen und zu ersetzen, so dass die *a. comm. div.* entweder ganz an deren Stelle tritt, oder doch als das nächstliegende Rechtsmittel zur Schlichtung von Streitigkeiten zu betrachten ist; s. K. A. Schneider in Sell's Jahrb. Bd. I. S. 395 ff. (bes. nach fr. 13. §. 3. *de Usufr.* und fr. 26. *de S. P. U.*), indessen ist das keineswegs absolut, denn so z. B. kann ein Miteigenthümer gegen den anderen *pro parte* vindiziren, fr. 3. §. 2. fr. 4. *de R. V.* fr. 8. §. 1. *h. t.*, oder die *a. negatoria* oder *confessoria* anstellen, fr. 5. §. 3. *Si ususfr. pet.* oder die *a. legis Aquil.*, fr. 18. *ad Leg. Aquil.* fr. 47. §. 1. *Pro socio* u. s. w. s. Schneider a. a. O. S. 398 ff., welcher dann das Wegfallen der anderen Klagen dahin konstituirt, dass nur alle die Klagen in die *a. comm. div.* aufgehen, welche ihrer Natur nach stets ohne Unterschied nur gegen den Eigenthümer oder dinglich Berechtigten überhaupt gerichtet sind, mit beliebiger Ignorirung dessen, ob der Eigenthümer gerade der ist, von dem das Factum, wodurch die Klage vermittelt wird, ausgeht, oder nicht. Dieser Gesichtspunkt, wonach die *a. fin. regundor.*, (fr. 4. §. 7. *Fin. reg.*) die Noxalklagen, (fr. 41. *de N. A.* fr. 17. §. 9. *de Injur.*) und die *novi operis nunc.* (fr. 3. §. 1. 2. *de N. O. N.*) allein als durch die *a. comm. div.* ersetzt erscheinen, so dass nur diese, nicht jene zulässig sind, ist zwar richtig, dagegen kann ich mich damit nicht einverstanden erklären, was Schneider in Verbindung hiermit über einen Dissensus der röm. Juristen bezüglich der *a. negatoria*, wegen des von einem Miteigenthümer eines Grundstücks oder *paries* darauf oder daran Vorgenommenen, auszuführen sucht, sondern beziehe mich darüber auf §. 47. Anm. [11]; ob die Meinungsverschiedenheit (s. dens. S. 423 ff.), von welcher fr. 32. *de Damno inf.* Auskunft giebt, über die Exklusion oder Konkurrenz der *a. comm. div.* mit der *cautio damni inf.* auf jenes Princip zu reduziren sei, mögte doch sehr dahin stehen; auch wird ja in der That die *stipulatio damni inf.* nur für *inutilis*, nicht für unstatthaft erklärt. Soviel ist aber unter allen Umständen gewiss, dass Alles, was hier als in Zweifel gestellt betrachtet werden könnte, nur auf römisch-prozessualischen Bedenken fusst, wie denn der ganze zur Sprache gebrachte Gegenstand diesen Charakter an sich trägt. Unter dem Gesichtspunkt des heut. R. verschwinden dieselben, und die Sache nimmt die Gestalt an, dass, da, soweit überhaupt von einem Aufgehen anderer Klagen in die *a. communi div.* die Rede sein kann, die Bezugnahme auf die *communio* als fehlend nicht denkbar ist, die Klage immer aus diesem Verhältniss als erhoben erscheint, und dann

williger Verfügung oder Schenkung, durch gemeinschaftlichen Kauf, und durch Vermengung und Vermischung der Mehreren gehörigen, dadurch untrennbar gewordenen Gegenstände[4]. Ob sie für alle Theilhaber auf dieselbe Weise und gleichzeitig entstanden ist, ist ohne weiteren Einfluss[5]. Dagegen ist bei dem Begriff der Gemeinschaft und dessen Anwendung auf Sachen hier stets die durch den Anfall einer gemeinschaftlichen Erbschaft an Mehrere entstehende als ausgeschlossen zu denken, indem sie aus systematischen Gründen dem Erbrecht überwiesen werden muss[6]. — Die Gemeinschaft ist nun zwar kein Hinderniss für den Theilhaber, über seinen Antheil, oder m. a. W. über die Sache, beziehungsweise das Recht daran, zu seinem intellektuellen Antheil rechtlich zu verfügen, namentlich auch diesen zu veräussern[7], allerdings aber ist er dadurch in der willkührlichen Benutzung und dem Gebrauch der Sache mannigfaltig beschränkt, indem jede Handlung in Bezug auf dieselbe rechtlich unstatthaft ist, sobald der Andere dazu nicht einwilligt[8]. Einseitige Veränderungen daran machen daher den, welcher sie unternimmt, oder von Dritten geschehen lässt, obwohl er sie verhindern konnte, wegen der daraus entstandenen Nachtheile seinem Theilhaber verantwortlich[9], während er wegen der etwa gehabten Kosten keinen Ersatz fordern kann[10]; nur soweit es die Wiederherstellung und Erhaltung der gemeinschaftlichen Sache selbst betrifft, ist nicht nur jeder berechtigt, allein die nöthigen Maasregeln zu treffen, sondern auch die übrigen Theilhaber auf ihre Beiträge zu den Kosten in Anspruch zu nehmen[11], und zwar

vorzugsweise die Nebenforderungen der in der Hauptsache auf Theilung gerichteten *a. comm. div.* betreffen wird. Von diesen s. Anm. [23]. — Wegen der Fortdauer der Gemeinschaft bei geschehener aussergerichtlicher Theilung für den Fall, dass dadurch keine wirkliche Ausgleichung geschehen ist, in Betreff der desfallsigen Forderungen s. Anm. [44].

[4] Fr. 2. pr. *h. t.* fr. 31. *Pro socio* (s. vorigen §. Anm. [1] a. E.) fr. 25. §. 16. *Famil. erc̈isc.* fr. 5. pr. *de R. V.* s. §. 50. III. [41] IV.

[5] Fr. 8. §. 1. *h. t.*

[6] So erscheint dieser Gegensatz im praktischen Recht. Wenn nach fr. 4. *h. t. per hoc judicium corporalium rerum fit divisio*, *non etiam hereditatis*, wenn ferner wegen gemeinschaftlicher Erbschaftssachen dann *comm. div. a.* erhoben werden kann, wenn die *a. famil. erc̈isc.* schon einmal angestellt worden war, indem diese nur einmal angestellt werden kann, die *a. comm. div.* aber so lange Etwas gemeinschaftlich und also zu theilen übrig ist, s. fr. 34. *Pro socio* fr. 20. §. 4. *Famil. erc̈isc.* fr. 4. §. 2. *h. t.*, so ist das, da übrigens diese Klagen wesentlich gleich sind, fr. 6. §. 11. *h. t.* nur von römischprozessualer Bedeutung, so dass diese Sätze jetzt nicht mehr als praktisch hervortreten. Es ist der gemeinsame Begriff der Gemeinschaft und deren Theilung, auf welchen es jetzt allein hinauskommt.

[7] C. 1. 2. 3. *h. t.* c. 1. 3. 4. *de Commun. rer. alienat.* c. un. *Si communis res pignori*, fr. 68. *Pro socio*; s. vorigen §. Anm. [88]; von selbst versteht sich, dass Niemand über seines *socius* Antheil in dieser Art verfügen kann. Nur der Fiskus hat als *socius* das Recht, den ganzen Gegenstand zu verkaufen, und nur nöthig, den übrigen ihre Antheile hinauszuzahlen, c. 2. *de Commun. rer. alien.* c. un. *de Vendit. rer. fiscal.*

[8] Fr. 28. *h. t.* s. §. 47.; bei und in Anm. [11], hier auch wegen einiger den Gebrauch gemeinschaftlicher Mauern betreffenden Vorschriften; es genügt also der Widerspruch eines einzelnen von mehreren *sociis*, und Stimmenmehrheit bindet ihn nicht.

[9] Fr. 28. *d.* vergl. §. 47. Anm. [11] letzte Hälfte. In Ermangelung eines Nachtheils würde es am Interesse fehlen.

[10] Dies folgt theils aus dem vorangehenden, theils aus dem nachfolgenden Satz *arg. e contrario*. Wegen bezogener Vortheile s. bei Anm. [16].

[11] S. von den in §. 47. Anm. [11] cit. Stellen die dreizehnte (fr. 40. *de Negot. gestis*) und ff. und nachher Anm. [20]. Die *a. negot. gestor.* tritt vielfach an die *communio* heran; über das Verhältniss beider zu einander und die Zulässigkeit der einen oder anderen Klage von Seiten der Theilnehmer an einer Kommunion gegen einander ist (unter diesem Titel) eine Monographie erschienen von A. Brinkmann, Kiel 1855.

tritt, wenn sie ein Haus betrafen, durch Säumniss mit dem Ersatz die besondere §. 49. IV. 2, erwähnte nachtheilige Folge ein [12]. Diese Beschränkung, sowie der bereits im vor. §. Nr. V. 1. z. A. erwähnte Gesichtspunkt ist die Veranlassung dazu, dass mit der Gemeinschaft auch zugleich die allseitige Obligation unter den Theilhabern entsteht, dieselbe durch Theilung des gemeinschaftlichen Guts aufzulösen [13]. Es kann also jeder diese Forderung geltend machen, auch wider den Willen einer Mehrzahl von Theilhabern [14]. Sie umfasst zunächst die Theilung des gemeinschaftlichen Gegenstands, ausserdem aber auch persönliche Leistungen, nämlich soweit in Betreff dieser, wie weiter oben bemerkt wurde, der Begriff der Gemeinschaft zur Anwendung kommt, d. h. sie zu dem Zweck, durch die Theilung eine Gleichheit der Befriedigung der gegenseitigen Ansprüche zu erreichen, in Betracht gezogen werden müssen [15]. So namentlich die Forderungen auf Berechnung und Theilung der von einem Theilhaber allein gezogenen Nutzungen [16], wobei der Unterschied besteht, dass, wenn er die bezügliche Handlung in gemeinschaftlichem Namen vornahm, der etwa entstehende Ausfall und Nachtheil ebenfalls gemeinschaftlich zu tragen ist, wenn in seinem Namen allein, ihn auch der letztere allein trifft [17]; ferner auf Ersatz des dem gemeinschaftlichen Gegenstand zugefügten Schadens, unter Vertretung der in eigenen Angelegenheiten üblichen Achtsamkeit [18], der Nachtheile, welche durch die gemeinschaftliche Sache der eines einzelnen Theilhabers unter solchen Umständen zugefügt worden, wo er, wenn sie ihm nicht gehörte, den Eigenthümer auf Ersatz in Anspruch nehmen könnte [19], sowie endlich der auf den Gegen-

[12] Glück a. a. O. S. 138. scheint diese Bestimmung als eine allgemeine zu verstehen, ohne Unterschied der Sachen, während ich sie doch wegen ihres strafartigen Charakters auf Gebäude als eine singuläre einschränken zu müssen glaube.

[13] Fr. 1. 2. pr. *h. t.* Ueber die gemischte Natur der Klagen auf Theilung, *tam in rem quam in personam*, s. §. 29. bei und in Anm. [13]. Vermöge des obligatorischen Verhältnisses ist es auch gleichgültig, ob der, welcher Klage anstellen will, oder der Andere sich im Besitz des gemeinschaftlichen Gegenstands befinde, oder nicht, fr. 30. *h. t.*

[14] Fr. 8. pr. *h. t.* c. ult. *ej. tit.*; ein Vertrag, dass die Theilung der gemeinschaftlichen Sache gar nicht solle gefordert werden können, würde das Verhältniss durchaus unter dem Gesichtspunkt der Societät erscheinen lassen, s. darüber vorigen §. bei und in Anm. [49] und Anm. [105]; auf eine bestimmte Zeit, oder bis zum Eintritt einer *justa ratio* hingegen ist der Vertrag gültig, fr. 14. §. 3. *h. t.* fr. 16. §. 1. *Pro socio.* Wegen Rückwirkung eines solchen Vertrags auf den Singularnachfolger vergl. §. 102. Anm. [2].

[15] Fr. 3. pr. 4. §. 3. *h. t.* s. die ff. Anmm.

[16] Fr. 3. pr. 4. §. 3. fr. 6. §. 2. *h. t.*

[17] So ist fr. 6. §. 2. *h. t.* aufzufassen, der Gewinn also ist stets gemeinschaftlich, fr. 3. pr. *h. t.* und s. die Schol. zu den Basil. XII. 2. §. 6., dass jedoch im zweiten Fall auch die Kosten vom herauszugebenden Gewinn, also wenn dieser jene übersteigt, ersetzt verlangt und in Abzug gebracht werden können, kann nicht beanstandet werden. Glück a. a. O. S. 139. versteht die Sache so, dass das *lucrum* ohne Schäden und Kosten zur Theilung komme, diese also den handelnden *socius* ausschliesslich treffe; allein *fructus non intelliguntur*, *nisi deductis impensis*, s. §. 52. Anm. [44b]); sind also die *impensae* dem *praedo* zu erstatten, um wieviel mehr dem nur eigenmächtig handelnden *socius?*

[18] Fr. 3. pr. 8. §. 2. fr. 28. *h. t.* fr. 25. §. 16. *Famil. ercisc.* fr. 47. §. 1. fr. 72. *Pro socio* §. ult. *I. de Societate*, vergl. vor. §. Anm. [55], und §. 101. Anm. [38]. Ueber fr. 20. *h. t.* vergl. Glück a. a. O. S. 141 ff. und deutsch. Corp. Jur. Anm. [43] zu dieser Stelle. (2. Aufl.) Es ist hier nicht nur an eine solche Handlung oder Unterlassung zu denken, wodurch die *a. legis Aquil.* begründet wird, sondern überhaupt an jede Vernachlässigung der Verwahrung und Ueberwachung der Sache, es besteht also in dieser Beziehung vermöge der *communio* eine vertragsartige Verpflichtung. S. auch noch fr. 8. *de N. A.* wegen des durch Verweigerung der *noxae deditio* von Seiten des einen *socius* dem anderen entstehenden Schadens.

[19] Fr. 41. *de N. A.* fr. 16. §. 6. *Famil. ercisc.*

stand selbst in gutem Glauben gewendeten Kosten[20], — und zwar überall auf die dem bezüglichen Antheil entsprechenden Summen. Rücksichtlich der Kosten ist vorausgesetzt, dass der, welcher sie aufgewendet, die Besorgung der Angelegenheit, welche sie veranlasste, als die einer gemeinschaftlichen beabsichtigte[21], und dass die Wahrnehmung des fremden und des eigenen Interesses unzertrennlich verbunden und diese ohne jene nicht möglich war; für den entgegengesetzten Fall ist zwar die Forderung des antheilsmässigen Ersatzes nicht ausgeschlossen, sie tritt aber dann unter den Gesichtspunkt der auftragslosen Geschäftsführung, welcher auch für den ersteren Fall als konkurrirend erscheint[22]. Die persönlichen Leistungen sind zunächst allerdings als gleichzeitig mit der Theilung des gemeinschaftlichen Gegen-

[20] Fr. 3. pr. (*si quid eo nom. abest*) 4. §. 3. fr. 11. *h. t.* vergl. c. 18. §. 1. *Famil. ercisc.*, diese Stelle namentlich setzt *sumtus bona fide factos* voraus, worunter also nothwendige und unter Umständen, die der richterlichen Beurtheilung unterliegen, auch nützliche zu verstehen sind. S. auch fr. 27. pr. *de Negot. gestis* und §. 114. Anm. [64]. Den schon geschehenen Ausgaben sind übernommene Verpflichtungen gleich, und anstatt des Ersatzes tritt dabei Kaution für einen solchen ein; fr. 47. pr. *Famil. ercisc.*

[21] Fr. 14. pr. *h. t.*, ein Irrthum in der Person des *socius* ist ganz gleichgültig, fr. 29. *h. t.* s. dazu Glück a. a. O. S. 148 f.

[22] 1, Fr. 40. *de Negot. gestis;* 2, fr. 6. §. 2. *h. t.* c. 18. §. 1. *Famil. ercisc.* c. 3. *de Negot. gest.* coll. fr. 6. §. 11. *h. t.* — Ueber den Fall, wenn sich der *socius* für den alleinigen Eigenthümer gehalten, und Kosten also im vermeintlichen alleinigen Interesse aufgewendet hat, versagen zwar fr. 14. §. 1. und fr. 29. pr. *h. t.*, übereinstimmend darum die Klage, auch *negotior. gestor.*, weil der Betheiligte hier nicht die Absicht hatte, sich einen Anderen zu verpflichten, und gestatten nur Retention durch *exc. doli*, und zwar auch dem, welcher von ersterem gekauft hat, — dies wahrscheinlich darum, weil der Preis mit Rücksicht auf die Kosten als bestimmt erscheint, und ohnedies in Ermangelung jedes Rechtsmittels der andere *socius* sie profitiren würde, — mitten in der ersten Stelle steht aber der Satz: *quae cum ita sint, rectissime dicitur, etiam impendior. nomine utile judic. dari debere mihi in socium etiam manente rei communione.* Man hat sich hierüber in allen möglichen kritischen Versuchen erschöpft, vergl. Glück a. a. O. S. 154 ff., welcher selbst nach Aelteren, namentlich *Petr. Duirsema Conjectur. Lib.* II. c. 9. §. 2. durch Gemination der Endsylbe von *nomine* eine Negation herausbringen will. Unterholzner a. a. O. S. 395 f. p) hat dagegen eine auch schon von Aelteren angedeutete Erklärung weiter verfolgt, und lässt die Klage zu, *manente communione*, indem er die unbedingte Verneinung in fr. 29. pr. *h. t.* von einem Fall versteht, wo nicht mehr *manente comm.* geklagt werde. Dieselbe Ansicht sucht auch neuerlich H. Witte, Bereicherungsklagen, S. 10—21, obwohl nicht ohne eigene Bedenken einzuräumen, ausführlich zu begründen. Dies ist offenbar gekünstelt und gezwungen, s. auch schon Glück S. 157. Zweierlei scheint mir bei diesen Zweifeln unbestreitbar, einmal, dass, wenn der fragliche Satz sich auf den Fall bezieht, wo der eine Theilhaber die Sache für ihm allein gehörig hielt, der Zusammenhang eine Negation nothwendig gebietet. Die Herstellung derselben durch Gemination ist daher gelungen zu nennen, so dass nun *ne* hier *ne quidem* bedeutet. (Die *Basil.* XII. 2. 14. haben den Satz gar nicht; sollte er ein altes Glossem sein?) Hiermit ist vollständiger Zusammenhang hergestellt, indem dann *etiam utile jud.* versagt wird, gerade wie ja in fr. 29. pr. *d.* nicht minder und ausdrücklich, nachdem das *directum* schon verneint worden. Bezieht er sich hingegen auf den anderen der beiden in §. 1. *d.* erörterten Fälle, nämlich des Irrthums in der Person des *socius*, wobei aber freilich die Stelle ein auffallendes Beispiel der dunkeln Darstellungsweise des Paulus darböte, (eine dritte Möglichkeit giebt es nicht) so kann allerdings keine Negation stehen. Möge man nun aber zu dieser oder zu jener Anschauung sich hingezogen fühlen, so ist der Widerspruch nach beiden gehoben, und nur über die in fr. 14. §. 1. in f. *d.* für den zweiten Fall bejahte *a. negotior. gestor.* zu bemerken, dass damit die *a. comm. div.* nicht verneint ist, wie fr. 6. §. 1. *h. t.* ergiebt. — Allgemein wird übrigens behauptet, dass die Praxis für die in den Stellen fr. 14. §. 1. und fr. 29. pr. *dd.* gedachten Fälle dennoch eine *utilis neg. a.* zulasse, s. Glück a. a. O. S. 152. und Mühlenbruch §. 421. [14] und die dort Gen.

stands verbunden zu denken, indem sie meist erst dann zur Sprache kommen werden, doch steht nichts im Weg, sie sowohl vorher, also bei noch fortdauernder Gemeinschaft geltend zu machen[23], also nach deren Auflösung, möge diese durch Untergang des gemeinschaftlichen Gegenstands, oder durch die Veräusserung des Antheils daran, oder durch wirkliche Theilung herbeigeführt worden sein[24].

[23] Darüber, ob diese Leistungen schon während bestehender *communio* geltend gemacht werden können, herrscht eine Meinungsverschiedenheit; Unterholzner a. a. O. S. 395. 1. behauptet, dass die *a. comm. div.* nur in sofern persönliche Leistungen umfassen könne, als zugleich Theilung des Gemeinschaftlichen verlangt wird, indessen ohne weiteren Beleg aus den Quellen, und nur in Bezug darauf, dass fr. 14. §. 1. *h. t.* in den Worten: *Quae cum ita sint etc.* nicht das Gegentheil beweise. Diese Stelle versteht er nämlich so, wie in vor. Anm. angeführt ist. Dagegen bezieht sich Göschen Vorles. §. 640. direkt auf dieselbe zum Beweis des Satzes, die *a. comm. div.* könne auch während der Gemeinschaft auf die persönlichen Leistungen erhoben werden. Dies ist nun allerdings nicht nur möglich, wenn man von den in Anm. [22] gedachten beiden möglichen Auffassungsweisen dieser Stelle die zweite, also ohne die fraglichen Worte mit der Negation zu lesen vorzieht, sondern auch mit dieser ist doch wenigstens die Möglichkeit dieser Klage unter solchen Umständen supponirt, worauf es hier ankommt. Ferner lässt sich auch §. 3. *I. de Obl. quae quasi ex contr.* sehr wohl in diesem Sinn verstehen. Ausser diesem direkten Beweisgrunde sprechen aber dafür auch noch: 1) dass das *jud. comm. div.* als *utile* auch nach Aufhebung der *communio*, sei es durch *alienatio* oder *interitus rei*, oder wie sonst, rücksichtlich der *praestationes* zulässig ist, s. folg. Anm., die Kommunion also darüber fortbesteht, mithin auch in ihnen allein muss bestehen können. 2) Die unter Umständen anerkannte Möglichkeit einer elektiven Konkurrenz zwischen *a. comm. div.* und *negotior. gestor.* s. Anm. [22], welche dem Kommunionverhältniss auch in dieser Anwendung eine Selbstständigkeit verleiht. Da nun überhaupt die Frage nach einem *utile jud.* nur durch ein formelles Bedenken veranlasst sein könnte, so mögte es, nach Wegfall solcher, in der That, und selbst abgesehen von allem Anderen um so weniger Anstand haben, die Einklagung der persönlichen Prästationen, wie sie fr. 3. §. 1. *h. t.* als Gegenstand der *a. comm. div.* anerkennt, für sich und ohne gleichzeitige Theilung der *res communis* zu gestatten, als es ohnedies an einem Rechtsmittel ganz fehlen würde, und ja triftige Gründe vorhanden sein können, letztere noch nicht, wohl aber erstere zu fordern. Das praktische Resultat hiervon ist also: dass die *communio* auch in Betreff solcher Forderungen möglich ist, so dass diese als deren Gegenstand auch selbstständig erscheinen können. Wenn es übrigens dazu kommt, dass während noch dauernder *communio* persönliche Leistungen klagbar gemacht werden, so möchten sich wohl die Umstände meist so gestaltet haben, dass ein Gesellschaftsvertrag als stillschweigend eingegangen betrachtet werden darf.

[24] 1, Fr. 11. *h. t.* (*interitus*); 2, fr. 6. §. 1. (*alienatio*) fr. 14. §. 1. in f. *h. t.*; 3, das Dritte, also nach geschehener Theilung, sei es auch in Folge schon einmal angestellter *a. comm. div.*, folgere ich zuvörderst aus allgemeinen Gründen, indem die Forderung selbstständig besteht, s. die beiden vor. Anmm., und die Aufhebung der Gemeinschaft kein *modus tollendi* für diese Oblig. ist, sodann aus fr. 6. §. 1. *d.*, wonach *utile jud. datur de praestationibus, quoties res communis esse desiit*, also ohne Unterschied der Art des Aufhörens, und mit Hinzunahme von fr. 4. §. 2. *h. t.*, s. endlich bei und in Anm. [44]. Ganz anderer Meinung ist hier Unterholzner a. a. O. S. 394. I. und 397. VI., indem er, wie schon in den beiden vor. Anmm. angedeutet worden, die *praestationes* in ein rein accessorisches Verhältniss zu der eigentlichen *divisio rei communis* bringt. Dies will er unter Bezug auf fr. 1. in f. 8. pr. (und 14. §. 1.) *h. t.* beweisen, die dies keineswegs sagen, sondern (namentlich die erste) nur, dass, wenn überhaupt keine *res* zwischen Zweien *communis* gewesen ist, von *a. comm. div.* nicht die Rede sein kann. Demnächst betrachtet er die Ausdehnung der z. A. dies. Anm. cit. Stellen nur als Ausnahmen. Allein wenn zwar für unsere Fälle nur *utile jud.* zugelassen worden ist, so beweist dies doch nicht sowohl eine Ausnahme, als es kann danach nur eine Fortbildung zugegeben werden, von der wirklichen Theilung der Sache zu einer Auseinandersetzung bezüglich der dabei entstandenen persönlichen Anforderungen (dies deutet der Satz im Text vor. Anm. [23] an). Endlich ist es

Kommt es in diesen Fällen zur Klage, so ist natürlich nothwendig, dass zwischen den Streitenden auch das streitige Verhältniss der Gemeinschaft wirklich gegründet sei; wird also dessen Existenz selbst bestritten, so hängt das Weitere zunächst von diesem Beweis ab [25]. Uebrigens hat die Klage aus der Gemeinschaft die ausgezeichnete, in §. 29. II. d. bereits dargestellte, Eigenschaft, dass zur Erreichung des Ziels einer vollständigen Auseinandersetzung der Kläger selbst zu Leistungen an den Verklagten verurtheilt werden kann. Sie ist ferner, in Ermangelung einer während friedlich bestehender Gemeinschaft möglichen Rechtsverletzung, soweit sie die Theilung selbst betrifft, unverjährbar, bis dem Verlangen nach einer solchen widersprochen wird [26].

Die Theilung selbst, wobei natürlich immer der Maasstab von dem aliquoten Antheil [27] der einzelnen Theilhaber herzunehmen ist, kann je nach Art und Beschaffenheit der Gegenstände verschiedenfach geschehen. Die in der Art theilbaren Sachen, dass sich aus dem Ganzen mehrere gleichartige Theile machen lassen (s. §. 41. a. E.), können auf diese Weise, und zwar, wenn es zur vollständigen Ausgleichung nöthig ist, auch mit der Auflage an den einen Theilhaber, dem anderen eine Summe Gelds nachzuzahlen, getheilt werden [28]; untheilbare, wenn sie gleichartig und in Mehrzahl vorhanden sind, nach der Zahl, mit Berücksichtigung des Werths der einzelnen Stücke [29]; anderen Falls ist dem Richter, wie überhaupt, unter Berücksichtigung der Umstände und des allseitigen Bestens der Theilhaber oder ihres eigenen Willens, eine ausgedehnte Befugniss zur Ergreifung der am zweckmässigsten scheinenden Maasregeln verliehen [30]. Er kann nämlich, wenn mehrere Sachen zu theilen sind, diese abtheilen, taxiren und sie mit der etwa nöthigen Bestimmung den Einzelnen zuweisen, oder unter sie verloosen lassen, dass zur Aus-

durchaus falsch, dass nach fr. 14. §. 1. *h. t.* diese Forderungen in Folge der Veräusserung des Eigenthumsantheils auf den neuen Erwerber übergehen, in sofern er nun die *a. comm. div.* anstellen, oder damit belangt werden könne. Denn dies ist ja nur von dem Fall gesagt, wo gar keine Klage, sondern nur *exc. doli* deshalb Statt hat, s. Anm. [22], und fr. 6. §. 1. und selbst fr. 14. §. 1. in f. *h. t.* sagen ja ausdrücklich das Gegentheil. (Es fehlt vielleicht in dem Unterholzner'schen Werke die letzte Hand seines Autors zur Ausgleichung dieser Mängel.)

[25] Es unterliegt keinem Zweifel, dass dieser Punkt mit in demselben Prozess und zwar als ein präjudizieller entschieden werden muss — wie bei der *a. famil. ercisc.* die Qualität des Miterben —; ihn als Incidentpunkt zu bezeichnen, wie Glück a. a. O. S. 120., halte ich für falsch; eher könnte man hier von Legitimation reden, s. jedoch Sintenis Erläut. Bd. I. S. 570. ff. Vom richtigen Standpunkt aus gesehen, ist er jetzt nichts weiter als ein Theil des Klaggrunds.

[26] Vergl. §. 31. bei und in Anm. [14]; mit den Forderungen persönlicher Leistungen hingegen verhält es sich, sobald sie entstanden sind, wie mit anderen Forderungen, welche bezahlt werden sollten, s. das. Bd. I. S. 283. b, und c,. Der eingenommene allgemeine Gesichtspunkt (vergl. Göschen Vorles. Bd. I. S. 428 ff.) erledigt hier jede weitere besondere Erörterung. Bei der *a. fin. reg.* ist jedoch noch der besondere zu beachten, wonach sie in dem Charakter der *rei vind.* erscheint (s. unten bei Anm. [46]); von diesem Fall ist denn c. ult. *Fin. reg.* zu verstehen, s. Glück Komm. Bd. X. S. 451 ff.

[27] C. 34. §. 2. *de Donation.* Im Zweifel muss dieser stets als dem des einen oder der einzelnen Theilhaber gleich betrachtet werden.

[28] C. 1. 3. *h. t.* §. 5. *de Officio jud.* (s. Anm. [30]).

[29] Z. B. eine gewisse Zahl Fässer oder Flaschen desselben Weins.

[30] Fr. 7. pr. §. 1. fr. 21. *h. t.* c. 1. *h. t.* c. 34. §. 2. *de Donation.*, wenn in fr. 21. *d.* das *malle* der *litigatores* als maasgebend gedacht ist, so scheint dieses die richterliche Entscheidung zu erledigen, es kann daher nur der Vorzug verstanden werden, welchen die Streitenden einem von mehreren ihnen vom Richter proponirten *modis* geben, oder an ein theilweises Einverständniss, oder an eine Theilung weniger durch Urtheil, als durch richterliche Beihülfe und Vermittelung gedacht sein.

gleichung vom Empfänger Geld heraus- oder ihm nachgezahlt werden soll[31]; er kann ferner Einem das Eigenthum an der ganzen zu theilenden Sache zusprechen und ihm die Herauszahlung des bezüglichen Antheils von dem durch Taxe zu ermittelnden Werth an den Anderen aufgeben[32]; er kann auch zu dem Behuf unter den Theilhabern eine Versteigerung anstellen[33], wo dann bei gleichen Geboten derjenige den Vorzug erhält, wer den grössten Antheil hat[34]; er kann ferner, wenn keiner bieten will, oder einer aus Mangel an Mitteln nicht überbieten zu können angiebt, und das andererseits geschehene Gebot für zu niedrig hält, eine öffentliche Versteigerung anstellen, so dass dann eine Vertheilung des Erlöses erfolgt[35]; er kann endlich in Ermangelung einer anderen Auskunft eine solche Theilung treffen, dass er dem Einen die Proprietät und dem Anderen den Niessbrauch zuspricht[36]. Ein gemeinschaftlicher Niessbrauch kann entweder durch Anweisung verhältnissmässiger Theile an dem Gegenstand, woran er besteht, oder durch Verpachtung desselben und Berechnung der Pachtsumme, oder durch abwechselnde Benutzung nach gewissen Zeiträumen, oder auf sonstige den vorstehenden Auskunftsmitteln zur Theilung von Sachen selbst analoge Weise getheilt werden[37]; eigentliche Theilung eines blossen Gebrauchs ohne Nutzungsertrag ist nicht möglich, sondern nur eine Vermittelung dergestalt, dass der Richter nach Feststellung seines Werths dem Einen den Gebrauch selbst gegen Herauszahlung bezüglicher Geldsummen an die übrigen zuspricht[38], oder durch angeordneten Wechsel im Gebrauch nach der Zeit; nutzbare Gerechtsame können ebenfalls entweder nach der Zeit, oder nach anderem Maas den Einzelnen auszuüben nachgelassen werden[39]. — Ueberall, wo es zur Würderung des zu theilenden Gegenstands kommt, muss natürlich diese auf eine solche Weise geschehen, dass sie Sicherheit für die Ermittelung des wahren Werths darbietet[40].

Es ist bisher, was als Regel zu denken ist, vorausgesetzt worden, dass, auch wenn mehr als zwei Theilhaber vorhanden sind, die Theilung und Auseinandersetzung sich über die Antheile aller erstrecke. Indessen steht nicht nur einer frei-

[31] C. 3. *h. t.*

[32] C. 3. *h. t.*

[33] C. 1. *h. t.*; die übrigen werden dann vom Ersteher zu ihren Antheilen in Gelde befriedigt.

[34] C. 34. §. 2. *de Donation.*

[35] C. 3. *h. t.*

[36] Fr. 6. §. 10. *h. t.*, dass indessen eine solche Theilung nur zur Aushülfe dienen könne, ist einleuchtend.

[37] Fr. 7. §. 10. *h. t.*; hier sind nur die drei ersten Maasregeln so empfohlen: *judex officium suum ita diriget etc.*, ich halte damit dieselben aber nicht für erschöpft, und andere nicht für ausgeschlossen, sondern den voranstehenden analoge unter Rücksicht auf die Natur des Niessbrauchs für zulässig.

[38] Fr. 10. §. 1. *h. t.*; es wird keinem Bedenken unterliegen, dass der Richter hier analog den vorangehenden Maasregeln bezüglich der Theilung von Sachen zur Erreichung des obgedachten Zwecks, und unter Rücksicht auf die Natur des blossen Gebrauchs, verfahren, also eine Licitation unter den Theilhabern, oder eine Schätzung durch Sachverständige veranstalten und dann unter ihnen um Gebrauch und Herauszahlung der Werthshälfte loosen lassen dürfe. Die in der Stelle gedachte Maasregel kann also ebenfalls nicht (s. vor. Anm.) für exklusiv gehalten werden. Ja, ich sehe nicht ein, was dawider spräche, auch einen Wechsel im Gebrauch der Zeit nach eintreten zu lassen, wie ihn fr. 19. §. 4. *h. t.* für *jura separata a fundo* gestattet (nach *mensura* freilich nicht), s. folg. Anm.

[39] Fr. 19. §. 4. *h. t.* s. Anm. [3] 2. Rechte dieser Art (m. a. W. der Inhalt hierauf bezüglicher Forderungen) werden ihrem effektiven Inhalt nach immer dem *ususfructus* oder *usus* ohne *fructus* ähnlich sein. Aus diesem Grunde halte ich einmal die hier als zulässig anerkannte Theilbarkeit durch Wechsel im Gebrauch nach Zeiträumen auch auf eigentlichen, Mehreren gemeinschaftlichen, *usus* für anwendbar, s. vor. Anm., und andererseits die beim Niessbrauch statthaften Theilungsmaasregeln als analog hier ebenfalls nicht für ausgeschlossen.

[40] Fr. 10. §. 2. *h. t.*

willigen Theilung durch Abfindung des einen von mehreren Theilhabern und also der Fortsetzung der Gemeinschaft unter den übrigen nichts entgegen, sondern es wird natürlich auch den Rechten desjenigen, der zu einer durch richterliche Entscheidung herbeigeführten Theilung nicht zugezogen worden ist, dadurch kein Eintrag gethan. Die Auseinandersetzung zwischen den übrigen ist also dann nur eine unvollständige[41].

Soweit nun bei einer Theilung gemeinschaftlicher Sachen der dem einen Theilhaber bisher zugestandene Antheil dem anderen zugesprochen wird, wird hierdurch für ihn ein Recht daran, also Eigenthum, begründet; dies ist eine eigenthümliche, in Fällen dieser Art dem Richter zuständige Befugniss, s. §. 49. Nr. III. Der Uebergang des Antheils des einen auf den anderen Theilhaber gegen anderweite Ausgleichung wird als dem Kauf analog beurtheilt (vergl. §. 117. z. A.), geschehe sie im Weg gütlicher Verständigung, oder durch richterliche Entscheidung[42]. Es finden daher die Vorschriften wegen Entwährung auf den durch die Theilung geschehenen Erwerb Anwendung[43]. Rücksichtlich anderweiter Verletzungen hingegen durch Ungleichheit des Empfangenen im Vergleich dazu, was der eine Theilhaber dabei verliert und der andere erwirbt, oder bei den gegenseitigen Abfindungen überhaupt, kommt es darauf an, ob die Theilung im Weg Rechtens, also durch Erkenntniss festgesetzt worden ist, oder durch Vereinigung der Theilhaber. Während es nämlich bei der durch richterliche Entscheidung angeordneten Theilung dem Charakter dieser gemäs sein Bewenden behält, setzt die auf letzterem Weg geschehene zu ihrer vollen Rechtsbeständigkeit eine wirkliche Ausgleichung nach den aliquoten Antheilen an dem gemeinschaftlichen Gegenstand und den sonstigen aus der Gemeinschaft entsprungenen Forderungen voraus; ist diese nicht geschehen, sondern hat bei der Auseinandersetzung der Eine zum Nachtheil des Anderen gewonnen, so kann nachträglich eine endliche Ausgleichung in Anspruch genommen werden[44].

[41] Ob alle oder nur einer oder einige Theilhaber des Klägers zur Theilung zugezogen werden, das hängt zunächst davon ab, gegen wen oder wie viele die Klage gerichtet worden ist. Dass nicht etwa alle verklagt werden müssen, folgt schon daraus, dass Abwesenheit einzelner dies unmöglich machen kann, natürlich kann aber den Nichtverklagten das zwischen den übrigen eingetretene Verfahren nicht präjudiziren, s. auch c. 17. *Famil. ercisc.* Zu einer gütlichen Abfindung eines von mehreren gehört freilich eine Zustimmung aller, wenn sie vollständig sein soll, ausserdem kann sie nur theilweise erfolgen. Wieweit nun durch Mangel der Theilnahme aller Betheiligten an einer *communio* diese aufgehoben werde, und also bezüglich der übrigen fortbestehe, das kann nur von den Umständen abhängen. Ein Grund zur Adcitation der übrigen ist so wenig vorhanden, als eine Befugniss des Richters dazu, mag auch die Theilung bezüglich der Streitenden allein, ohne Zuziehung der übrigen, noch so unzweckmässig für ihre Interessen sein, immer ist doch nur die Gemeinschaft zwischen ihnen und deren Auflösung Gegenstand des Prozesses, und auch vollkommen geeignet, ausschliesslich es zu sein; ihre Interessen wahrzunehmen steht ihnen allein zu.

[42] C. 1. *Comm. div.*

[43] Fr. 10. §. 2. *h. t.* arg. c. 14. *Famil. ercisc.* und fr. 66. §. 3. *de Eviction.* Wenn, *dum res in arbitrio* (*divid.*) *sit*, *de jure praedii controversia sit*, so wird bis zur Theilung der Prozess auf gemeinsame Rechnung geführt, und was erstritten wird, gehört der Gemeinschaft, nachher sind Kautionen zu leisten, die ferner aufzuwendenden Kosten ersetzen, und das, was erstritten werden wird, dem lassen zu wollen, welchem der Gegenstand adjudizirt ist.

[44] 1. Die gerichtliche Theilung ist vermöge der Rechtskraft unumstösslich, oder unterliegt nur denselben Angriffen und Rechtsmitteln, wie die *res judicata;* dies versteht sich von selbst, vergl. auch Unterholzner a. a. O. S. 398. II. und die bei Glück a. a. O. S. 90. [39] Gen. Zwar behaupten Manche, namentlich in Anwendung auf Erbtheilungen, welche hier vermöge der Analogie ganz gleich zu beurthei-

B. Eine Gemeinschaft entsteht namentlich auch dann[45], wenn die Grenzen zweier an einander stossender Grundstücke dergestalt ungewiss geworden sind, dass

len sind, dass bei Verletzungen über die Hälfte hier das Erkenntniss anfechtbar sei, (s. dagegen §. 116. Anm. [218]) während Glück a. a. O. unterschieden wissen will, „ob die Verletzung in dem dem Verletzten gebührenden Antheil, oder im Anschlag der ihm zugetheilten Sache geschehen sei; im letzteren Fall finde keine Remedur Statt, im ersteren aber dann, wenn Jemand z. B. auf sein anerkanntes Drittheil nur soviel zugesprochen erhalten habe, dass es nach dem vom Richter selbst gemachten Anschlag nur ein Viertheil des Ganzen ausmache, denn hier sei nur ein Rechnungsfehler vorgefallen.“ Dies ist zwar zuzugeben, und mögte wohl nirgends bezweifelt werden, allein das Beispiel entspricht nicht dem supponirten Fall, wenigstens wie dieser verstanden werden kann und der Vollständigkeit wegen verstanden werden muss. Ist nämlich dem Verletzten nur ein Viertheil zugesprochen worden, wo ihm ein Drittheil gebührte, oder zwar sein Drittheil, aber es sind die ihm zugewiesenen Gegenstände nur ein Viertheil werth, jedoch zu einem Drittheil an Werth veranschlagt, — so ist es unmöglich, die Rechtskraft hiermit anzugreifen. Dass übrigens der Richter eine möglichst wahrheitsgemäse Taxe zu veranlassen habe, (s. Anm. [40]) und den Betheiligten desfalls alle prozessualisch mögliche Mittel zustehen — Gegenbeweis, Beschwerden, ordentliche Rechtsmittel u. s. w. — versteht sich von selbst. 2. Bei aussergerichtlichen Theilungen ist man a) darüber einig, dass, wenn durch *dolus* des einen Theilhabers der Andere übervortheilt worden, die Theilung angefochten werden könne, hieran lässt c. 3. *Commun. utr. jud.* (s. auch c. 8. *de Collation.*) keinen Zweifel übrig, vergl. auch Glück a. a. O. S. 92 ff. und die dort Gen.; ob eine ganz neue Theilung, oder nur Herausgabe des zuviel Erhaltenen gefordert werden könne, hängt von den Umständen ab; auf letztere würde auch dann *ex officio* zu erkennen sein, wenn erstere gefordert, aber der Antrag ungegründet befunden worden ist. b) Wenn hingegen nur ein Irrthum die Veranlassung gegeben hat, so sind von den zahlreichen Juristen, welche hierüber gehandelt haben, drei verschiedene Ansichten aufgestellt worden; die einen lassen die Anfechtung der Theilung unbedingt zu, sobald gegen die Gleichheit verstossen worden; andere nur wegen Verletzung über die Hälfte; dritte nur, wenn Jemand im Antheil, nicht wenn er im Anschlag der ihm zugewiesenen Sachen verletzt worden. Vergl. darüber Glück a. a. O. S. 93 ff. Es kommt hierbei darauf an, ob in c. 3. *d.* in den Worten — *per dolum vel perperam* — *factis division.* — die herausgehobenen Worte dasselbe bedeuten, wie *per dolum*, oder kopulativ: schlechthin unrichtig vorgenommene Theilungen. Mit guten Gründen entscheidet sich Glück für die letztere Auslegung, s. auch noch den Schol. zu den *Basil. Lib.* XII. 3. 3. und dass also auch auf die Grösse der Verletzung gar nichts ankomme. Das *subveniri* kann nun hier nur von der Zulässigkeit der *a. comm. div.* (resp. *famil. ercisc.*) verstanden werden, und so tritt der Fall unter den Gesichtspunkt einer in Betreff der Forderung dieser Ausgleichung fortdauernden *communio*, vergl. Anm. [3] a. E. S. auch Römer Samml. v. Entsch. des O.-A.-G. zu Lübeck in Frankfurter R.-Sachen, Bd. III. 5. S. 299 ff., bes. wegen Irrthums im Theilungsmaasstab; desgl. Bruhn's Samml. v. Entsch. desselben O.-A.-G. S. 91 ff. bei theilweise geschehener Theilung. A. M. in älteren Erk. des O.-A.-G. zu München und Wiesbaden s. in Seuffert's Arch. Bd. I. Nr. 262. 263. Wenn in diesem namentlich darauf hingewiesen wird, dass es auch bei der Theilung wie bei anderen Rechtsgeschäften freistehen müsse, einander zu benachtheiligen, sobald es nur nicht *ultra dimidium* gehe, so mögte das nicht zutreffen. Nicht das Theilen ist ein Rechtsgeschäft, sondern die Uebereinkunft, es zu thun, während jenes dem *solvere* näher steht und ein reines Faktum involvirt, welches bei gewollter und nicht erreichter Gleichheit (oder Quote) nothwendig mangelhaft, und somit die gegenseitige Verpflichtung nicht erfüllt ist. Ich kann auch die Besorgnisse vor endlosen Prozessen aus Theilungen irgend erheblicher Objekte, die in den letztgedachten Erk. anderen Falls als drohend in Aussicht gestellt werden, nicht für ernstlich erachten, da ja doch bei aussergerichtlichen Theilungen irgend erheblicher Objekte eine solche Uebereinkunft eingegangen zu werden pflegt, wodurch Anfechtungen derselben ausgeschlossen werden, d. h. eine vergleichsartige Verständigung über den Werth jener.

[45] Die *a. finium regundor.* hatte in Ansehung ihrer gerichtlichen Behandlung im R. R. früher

die Grenzlinie nicht mehr auszumitteln ist[46], in Betreff desjenigen Raums, von welchem hierdurch nun ungewiss wird, wem von beiden Nachbarn er angehöre. So lange sich nämlich die Grenzen mit Sicherheit wiederfinden lassen, ist eine auf deren Regulirung gerichtete Klage zuständig, welche den Charakter einer Eigenthumsklage an sich trägt[47]. Ergiebt sich aber auch das Gegentheil erst im Lauf des auf den Grund einer solchen Klage eingeleiteten Verfahrens, so wird diese wie ursprünglich auf Theilung eines gemeinschaftlichen Flächenraums gerichtet angesehen, und es stehen dem Richter hier dieselben, wie die unter dem Buchstaben A. vorgetragenen Befugnisse zu[48]. Die Grenzscheidungsklage umfasst denn auch, wie die eigentliche Theilungsklage, das mögliche Interesse, die vom Gegner inzwischen bezogenen Früchte jedoch analog den Bestimmungen bei der Eigenthumsklage[49].

manches Eigenthümliche, namentlich durch die Theilnahme Sachverständiger; die praktische Wichtigkeit derselben beweist der häufige Wechsel der sie beherrschenden Vorschriften, in welcher sich zwei verschiedene Principien, je nachdem der bestrittene Raum eine Breite von fünf Fuss übertraf, oder nicht, kundgeben, c. 3. 4. 5. *Cod. Theod.* II. 26. c. 5. 6. *Fin. regundor.*, vgl. Glück Bd. X. S. 434 ff. Puchta Curs. der Inst. Bd. II. S. 377 ff. Vangerow a. a. O. S. 464 f. Archiv f. civ. Prax. Bd. 31. S. 493. Die Geschichte der *a. fin. regund.* bietet daher viel Interessantes dar. Unverkennbar wurde im R. R. auch Streitigkeiten der Art allgemein ein öffentliches Interesse beigelegt, was gegenwärtig sehr in den Hintergrund zurückgetreten ist, sobald nicht besondere öffentliche Interessen in Beziehung auf die Grenzen konkurriren, und zwar würde dann der Staat oder die Kommunen selbstständig interveniren müssen. Sowohl die angedeuteten Beziehungen aber, als der für die Zulässigkeit der Klage eingenommene formelle Gesichtspunkt, im Gegensatz zur *rei vindicatio* (welche stets eine bestimmte Bezeichnung des Objekts voraussetzt), als nach fr. 4. §. 7. *h. t.* die Versagung der *a. fin. reg.* für den Miteigenthümer eines Grundstücks, welches mit einem jenem allein gehörigen grenzt, und Verweisung auf die *a. comm. div.*, sind jetzt antiquirt, und das praktische Resultat einfach das im Text vorgetragene. Danach ist die *a. fin. regundor.*, wenn sich die Grenzen bestimmt nachweisen lassen, nichts weiter als eine *rei vind.*, und in dieser Eigenschaft hier daher in den Hintergrund geschoben, entgegengesetzten Falls aber eine *a. communi divid.*, für welche wesentlich gleiche Bestimmungen gelten; s. auch §. 29. bei Anmm. 13 und 40. Die Doktrin pflegt dies mit den Ausdrücken der qualifizirten und der *simplex a. fin. regundor.* zu bezeichnen.

46 Dies setzt nothwendig das Aneinanderstossen von Grund und Boden voraus, und zwar ein solches, dass die Grenzlinie, wenn sie sonst bekannt wäre, darauf müsste wahrgenommen werden können. Deshalb ist die *a. fin. reg.* oder m. a. W. das hier in Rede stehende Verhältniss nicht möglich, wenn Gebäude an einander stossen, und noch weniger, wenn ein öffentlicher Weg oder Fluss dazwischen liegt, fr. 2. pr. 4. §. 10. 11. fr. 5. *h. t.*, ein Privatbach aber ist kein Hinderniss für die *a. fin. reg.* fr. 6. *eod.*, auch ist sie möglich in Anwendung auf Gärten und dergl., die zu Gebäuden gehören, fr. 4. §. 10. *d.* Die erste der cit. Stellen will nur sagen, dass es nichts thue, wenn Gebäude hin und wieder auf der Grenze stehen. Wenn bei Gebäuden ein Streit über die Grenzen entsteht, so ist nur *rei vind.*, auch wohl in Gestalt der *a. negatoria*, oder die konfessorische möglich, oder ein entsprechendes Besitzschutzmittel. — Analog steht die *a. fin. reg.* denselben Personen ausser dem Eigenthümer zu, wie die *a. comm. div.* fr. 4. §. 9. *h. t.*

47 Fr. 1. *h. t.*

48 Fr. 2. §. 1. fr. 3. *h. t.*

49 Fr. 4. §. 1. 2. *h. t.* fr. 56. *Famil. ercisc.*; der scheinbare Widerspruch zwischen den zwei letzten Stellen erledigt sich, wenn man sie demgemäs auffasst. Ohne Grund scheint mir Mühlenbruch §. 423. 6 hier den Gesichtspunkt einer Obl. zwischen den Grenznachbarn zu leugnen, und den einer blossen unstatthaften Benutzung und Gebrauchsanmaassung fremder Sachen zu substituiren; da nun letztere auch obligatorisch ist, so hat diese Differenz keine praktische Bedeutung.

§. 123.
Spiel und Wette.

I. Das Spiel, dessen Begriff bereits in §. 97. III. festgestellt worden, ist als ein wirksamer Vertrag über Gewinn und Verlust ausschliesslich in der Gestalt des Wettreitens oder Wettfahrens mit Pferden, und auch dieses nur in der Beschränkung vom Recht anerkannt, wenn der Satz einen ungarischen Dukaten nicht übersteigt, und die Betheiligten bemittelt genug sind, um so hoch spielen zu können [1]. Aus-

[1] Die Frage, was in Ansehung des Spiels praktisches gemeines Recht sei, ist manchen Zweifeln unterworfen, indem c. 3. *de Aleator.* den *alearum usum* völlig verbietet, und für so wirkungslos erklärt, dass 50 Jahre lang die *repetitio soluti* freisteht, und nur fünf damals gebräuchliche, körperliche Uebungen enthaltende Spiele (s. darüber Glück Komm. Bd. XI. S. 376 ff.) den Reichen um einen *solidus* erlaubt. Diese Zweifel sind für uns weder durch den Gebrauch, obwohl dieser häufiger und verbreiteter, wie irgend ein anderer rechtlich bedeutsamer ist, noch durch Partikularverordnungen, da sich diese keineswegs überall über die Eigenschaft des Spiels als eines Rechtsgeschäfts verbreiten, gehoben, sondern vielmehr vergrössert. Denn so häufig auch das Spiel getrieben, und Zahlung daraus geleistet wird, so wenig lässt sich doch etwa behaupten, dass es hierdurch in der allgemeinen Rechtsüberzeugung des Volks als ein bündiges Rechtsgeschäft anerkannt worden sei, und ebensowenig lässt sich dies, wenn gewisse Spiele durch Partikulargesetze verboten und bestraft sind, für die übrigen danach ausgenommenen folgern. Der zweite dieser beiden Punkte ist namentlich ausführlich erörtert in der jurist. Zeit. von Elvers Jahrg. 1828. S. 200 ff. und S. 473 ff. und 1829. S. 137 ff. und 332 ff. und das Resultat als richtig anzuerkennen: dass die in manchen Part.-Gesetzen angeordnete öffentliche Strafe gewisser Spiele weder die danach nicht straffälligen den gültigen Rechtsgeschäften gleichgestellt, noch, dass dieselbe die nach R. R. Statt findende Rückforderung des bezahlten Spielverlusts absorbirt und ausgeschlossen habe; (s. die Ausführungen der mittleren cit. Stellen gegen die an der ersten und letzten Stelle enthaltenen) vielmehr können beide rechtliche Maasregeln sehr wohl neben einander bestehen, und es wird durch die erste der Grund der zweiten nicht affizirt, und nicht jene dieser substituirt. Ueber den ersten der gedachten beiden Punkte aber steht soviel fest, dass schon das deutsche vor Einführung des R. R. geltende Recht, soweit es sich rückwärts verfolgen lässt, (s. a. a. O. S. 138 f.) mit diesem darin übereinstimmte, dass das Spiel unerlaubt und rechtlich wenigstens soweit nicht bindend sei, dass nicht auf den Gewinn geklagt werden könnte; ob der gezahlte Verlust zurückgefordert werden konnte, lässt sich mit Gewissheit nicht ersehen, es kann aber darauf kein Gewicht gelegt werden, da dieses schon eine vervollkommnetere Rechtsausbildung voraussetzen würde, welche sich in jener Zeit für das deutsche Recht nicht erwarten lässt. Es hat also keine dem R. R. widerstreitende frühere deutsche Gewohnheit bestanden, vielmehr erkennen viele ältere wie neuere deutsche Partikulargesetze dasselbe noch ausdrücklich hierin als gültig an. Auch ist man darüber einig, dass die Fussknechtebestallung zu Speyer von 1570 §. 211. keine solche bestätigt, sondern nur auf die Reichsarmee Bezug hat (das. S. 139.). — Da nun die allgemeine Natur des Glücksspiels, ungeachtet seiner veränderten Art und Weise, bei uns dieselbe, wie bei den Römern geblieben ist, so lässt sich die Anwendbarkeit und Gültigkeit der römischrechtlichen Vorschriften darüber mit Grund nicht bestreiten; die von manchen älteren Rechtslehrern desfalls erhobenen Bedenken und aufgestellten Ansichten sind längst widerlegt, s. Glück a. a. O. S. 344., und es ist denn auch die allgemeine Meinung darüber eigentlich nie schwankend gewesen, s. dens. und die dort Gen., sowie alle Pandektisten und die vorher cit. Ausführungen, ingleichen Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 298. Wilda in der Zeitschrift f. deutsch. R. Bd. II. S. 142 ff. Darüber, dass der Kodextitel *de aleator.* nicht glossirt ist, s. Arndts Pand. §. 236. Anm. [2], vergl. nachher Anm. [2]. Dagegen entsteht die Frage, welche Spiele als Glücksspiele zu betrachten seien, ob und wiefern die Geschicklichkeit Einfluss äussere, so dass Abweichungen dadurch gerechtfertigt werden, und wo hier die Grenze liege? Das R. R. versteht

serdem ist das Spiel ungültig und rechtlich so wirkungslos, dass der gezahlte Verlust zurückgefordert werden kann, und die Klage darauf erst in funfzig Jahren verjährt, welche, wenn der verlierende Spieler oder seine Erben sie nicht erheben

unter *alear. usus* und *ludere* im Zusammenhang damit das reine Glücksspiel, namentlich mit Würfeln; diesen muss auch jedes andere moderne Mittel (z. B. Roulette) gleichgeachtet werden, welches deren Stelle vertreten kann, und vor allen die Karten. Dass nun jetzt wie schon bei den Römern (s. W. A. Becker Gallus, Bd. II. S. 220 ff.) die Kunst auf manche Spielarten einen solchen Einfluss hat, dass sie ein Gemisch von Zufall und Geschicklichkeit durch Berechnung werden, wonach man dann auch sog. Hasard- und Kommerzspiele unterscheidet, kann nach m. E. solchen den Charakter von Glücksspielen nicht nehmen. Denn der Kartenfall hängt wie der der Würfel oder Kugel immer vom Glück ab, und der beste Spieler wird mit schlechten Karten verlieren, wenn auch vielleicht weniger wie ein unerfahrener. Die Konsequenz führt mithin nothwendig dahin, dass überall, wo der Zufall irgend einen ausser der Berechnung und Willkühr liegenden Einfluss äussern kann, der Begriff des Glücksspiels überwiegend bleibt, wenn übrigens auch eine wirkliche Geschicklichkeit dazu erfordert würde. Soweit müssen mithin unbedenklich alle Spiele unter das römische Verbot treten. Die von diesem angenommenen in c. 3. *d.* aufgezählten fünf gymnastischen Spiele sind nun bis auf das letzte, die *hippice*, d. i. Wettfahren oder Wettreiten mit Pferden, in ihren Bedeutungen nicht ganz klar und deshalb bestritten, (s. Glück a. a. O.) daher wegen dieser Zweifel eine Anwendung der sie betreffenden Erlaubniss nicht möglich ist, auch wenn sie, möge man dieser oder jener Erklärung beitreten, in jeder nicht ganz ungewöhnlich bei uns wären und unter den Spielarten überhaupt noch vorkämen. Andere jetzt gebräuchliche Kunstspiele ähnlicher Art, wie Kegeln, Billardspiel und dergl., oder welche es sonst seien, an deren Stelle zu setzen, ist man nicht berechtigt; denn es ist weder ein Grund zur Ausdehnung dieser Ausnahmen vorhanden, noch Veranlassung zu Analogien gegeben. Den Glücksspielen in civilrechtlicher Hinsicht für gleichgestellt aber müssen endlich alle übrige nicht ausgenommene gymnastische und auch alle etwanige Kunstspiele erachtet werden. Giebt es zwar unter diesen auch solche, welche vom Glück und Zufall so gut wie gar nicht abhängen, sondern ausschliesslich von einer Kunstfertigkeit, wie Dame- und Schachspiel, (denn es lässt sich bei diesen eine solche Vollendung der Fertigkeit denken, dass nur der erste Zug entscheidet, der denn allerdings dem Zufall anheimgegeben zu werden pflegt) ja, könnte man selbst in Zweifel gerathen, ob diese noch unter den Begriff des Spiels passen, so ist doch der letztere nicht nur durch die allgemeine Meinung von jeher, sondern bei den Römern im Besonderen (s. *Seneca Epist.* 106. Nr. 11. und 117. Nr. 30. *ludus scaccorum*, *latrunculorum*, s. dazu Glück a. a. O. S. 327. und bes. Becker's Gallus, Thl. II. S. 228 ff.) festgehalten worden, es sind ihnen also solche Spiele bekannt gewesen, und dennoch von Justinian in c. 3. *d.* nicht unter den erlaubten mitaufgezählt, sondern die schon in fr. 2. §. 1. *de Aleator.* aufgestellte Ansicht, dass ausschliesslich die körperliche Gewandtheit und Ausbildung bezweckende Spiele erlaubt sein sollen, sogar nur mit einer Beschränkung auf bestimmte Arten angenommen worden. Denn, dass die erstere Stelle neben c. 3. *d.* fortgelten solle, wie gewöhnlich angenommen wird, kann ich nach dem exklusiven Inhalt der letzteren nicht zugeben. Damit sind alle übrigen ohne weitere Ausnahme irgend einer Art ausgeschlossen, und es ist, wenn man streng beim R. R. stehen bleibt, einzig die *hippice* als ein erlaubtes Spiel von praktischer Bedeutung übrig. Denn auch die Ausnahme des fr. 4. pr. *de Aleator.* würde nicht nur unter das allgemeine Verbot der c. 3. *d.* fallen, sondern, da hier *familia* nach m. E. das Sklavengesinde bedeutet, so ist auch jene Stelle antiquirt. Vom R. R. abzuweichen, fehlt es aber, da, wie z. A. gedacht wurde, hierbei allein die Gewohnheit und der Gebrauch leiten könnte, an jedem sicheren Grunde. Mag immerhin aus Ehrgefühl die Rückforderung der Spielverluste in vielen millionenfachen Fällen unterblieben sein, so reicht das, ganz abgesehen von dem Widerspruch der Partikulargesetze, immer nicht hin, um sie durch einen konstanten Gebrauch als aufgehoben zu betrachten. Vergl. auch Glück S. 346 ff. und Göschen Vorles. §. 544. a. E. Partikulare Gewohnheiten der Art nachzuweisen, wird auch nicht leicht gelingen, wiewohl sie nicht als möglich geleugnet sein sollen. Ebenso kann

wollen, den Gemeindevorstehern des Orts, wo gespielt worden ist, zusteht[2]; ferner dem Vater rücksichtlich dessen, was der Sohn verloren[3] und auch dem letzteren wider den Vater, wenn er an diesen im Spiel etwas verloren hat[4]. Sogar das zur Beförderung des Spiels vorgeschossene Darlehn ist klag- und wirkungslos, und wenn zu dem Ende ein Gegenstand verkauft worden, ist wider den Anspruch auf Entwährung desfalls eine Exception begründet[5].

II. Wetten, deren Begriff ebenfalls schon §. 97. III. bestimmt worden, sind gültige Verträge, sobald sie nicht auf ein rechtlich unwirksames Spiel Bezug haben, oder darin ausarten und den Umständen nach dafür gehalten werden müssen, und wenn sie nicht eine unanständige Thatsache betreffen[6]. Auch darf die Summe, um

ich es nur für einen vergeblichen Versuch halten, wenn Stryk *usus modern. ad Tit.* 5. *Lib.* XI. *Dig.* §. XIV. die Zahlung des Verlusts auf den Begriff und die Grundsätze von der Schenkung zurückführen will. Eichhorn deutsch. Priv.-R. §. 110. endlich hält zwar die Kunstspiele als durch die Praxis den römischen gymnastischen soweit für gleichgestellt, „wenn zugleich die dem Vermögen der Spielenden angemessenen Grenzen nicht überschritten werden," dass keine Rückforderung des Gezahlten (nicht aber Klage auf den Gewinn) Statt finde; allein drei dazu citirte Rechtslehrer würden schon an sich nicht hinreichen, eine solche Praxis zu bestätigen, und von diesen bezeugt sogar der darunter genannte Struben rechtl. Bed. Bd. IV. Nr. 131. Bd. V. Nr. 9. gerade das Gegentheil; endlich ist die gestellte Voraussetzung von der Art, dass sie nur ausnahmsweise eine Ermittelung möglich machen wird. — Für die sonach einzige praktische Ausnahme der *hippice* kommt noch der Betrag des *solidus*, der einem ungarischen Dukaten gleich ist, s. Savigny System Bd. IV. S. 210., und der Begriff des *admodum dives* in Betracht; der letztere kann nur nach richterlichem Ermessen bestimmt werden, und Thibaut's Annahme, Syst. §. 574. 8. Ausg., dass dazu der Besitz von 50 Dukaten hinreiche, ist willkührlich. Dass Aermere um einen geringeren Satz gleichergestalt spielen können, ist unbedenklich als richtig zuzugeben. Uebrigens kann die *hippice* auch als reine Wette erscheinen, was sich nach der Absicht der Betheiligten entscheidet, vgl. §. 97. Anm. 74. — Die Ausnahme der *hippice* etwa auf andere Thiere auszudehnen, halte ich mich nicht für berechtigt; nicht unmöglich wäre es aber, dass ein Wettfahren z. B. mit Ochsen in eine eigentliche Wette übergeht.

[2] C. 3. *d.*; die Verwendung des Objekts soll ohne Zweifel zum öffentlichen Besten geschehen; die letzte Parthie des Gesetzes bezieht sich nur auf das darin erwähnte antiquirte Spiel. Da die Stelle nicht glossirt ist, so hängt die ausserordentliche Verjährung freilich vom Gerichtsgebrauch ab, der vielleicht nicht so übereinstimmend ist, wie die Doktrin. Vergl. Arndts Pand. §. 236. Anm. 2.

[3] Fr. 4. §. 1. *de Aleator.*

[4] Fr. ult. §. ult. *eod.*

[5] Nur der letzte Satz ist in fr. 2. §. 1. *Quarum rerum* ausdrücklich ausgesprochen. Wegen des Darlehns herrscht Streit, vgl. die bei Glück a. a. O. S. 334. 44 Gen., s. jedoch fr. 12. §. 11. *Mandati*, dazu dens. und Mühlenbruch §. 424. und Göschen a. a. O. §. 544. 2. Die geleistete Zahlung kann jedoch nicht zurückgefordert werden; s. Glück S. 337. und die dort Gen., dagegen halte ich Kompensation nicht für zulässig. Dass der Zweck des Spielverbots die Ausdehnung auf andere, die Verschaffung von Mitteln zum Spiel bezweckende, Verträge rechtfertige, scheint mit gleichem Grunde behauptet werden zu müssen, s. Göschen a. a. O. Wegen der Ungültigkeit der Rechtsgeschäfte, denen Spielschulden zu Grunde liegen, s. Glück S. 347. — Dagegen halte ich die Vorschriften des fr. 1. pr. und §. 2. *de Aleator.* für völlig unverträglich mit unseren Sitten und also für durchaus unpraktisch, und kann darin nur eine rechtspolizeiliche veraltete Maasregel erblicken, s. auch Glück S. 340. a. E. Gleichwohl gründen darauf manche Pandektisten, z. B. Mühlenbruch a. a. O., Wening §. 281. einen zum Theil willkührlich beschränkten Satz.

[6] Dass Wetten nach R. R. erlaubt gewesen, erhellt aus fr. 3. *de Aleator.*, welches zugleich die Beschränkung in Ansehung der Verbindung mit Spielen enthält, vergl. §. 97. Anm. 74, ferner: fr. 17. §. ult. *de Praescr. verb.* (fr. 37. *de R. C.* §. 6. *I. de V. O.* fr. 108. 129. *eod.*), gegen einige erhobene Zweifel s. Glück a. a. O. S. 351., auch waren die Prozesswetten etwas Gewöhn-

welche gewettet wird, keine unmässige sein, worüber das richterliche Ermessen zu entscheiden hat[7]. Wenn Einer der Wettenden über den Umstand, welcher als ungewiss und bestritten Inhalt der Wette wird, Gewissheit hat, und dieses nicht erklärt, so ist das eine Arglist[8].

ZWEITE ABTHEILUNG.

Obligationen aus verbotenen Handlungen.

§. 124.

A. Obligationen aus Handlungen, welche immer Dolus voraussetzen.

Die Obligationen dieser Abtheilung sind mit Ausnahme weniger, deren Inhalt die Forderung einer Privatstrafe ist, auf den Ersatz des durch die konkreten verbotenen Handlungen dem Verletzten zugefügten Schadens gerichtet[1], es kommt

liches und zum Theil sogar Nothwendiges, s. *Gai.* IV. §. 13. 91. 93—95. 141. 165—68. 171. Dass die Form der Stipulation erforderlich war, ändert daran nichts, da die *caussa* derselben jedenfalls als bündig anerkannt ist; so wenig wie diese Form nun, ist gegenwärtig die andere eines sog. Innominatkontrakts erforderlich, d. h. dass der Eine den Gegenstand, um welchen gewettet wurde, bereits vorläufig gegeben habe, die Wette gilt durch die Uebereinkunft selbst. Dies ist auch jetzt allgemein anerkannt, s. ausser Glück alle Pandektisten und Pfordten civil. Abhandl. S. 330. a. E. Wilda a. a. O. Bd. VIII. S. 216 ff. Mittermaier deutsch. Priv.-R. §. 297. Wenn Puchta §. 258. o) die Wetten nicht für klagbar hält, und darauf verweist, dass fr. 17. §. ult. *d.* nur eine Klage gegen den Depositar gestatte, so kann ich darin keinen Gegengrund wider ihre heutige Gültigkeit vermöge der Konvention erkennen; auch muss danach doch unbedenklich auch die Statthaftigkeit der Klage wider den Wettenden selbst, *si annulos acceperit*, angenommen werden. — Die zweite Beschränkung folgt *per arg. e contr.* der in der zuletzt genannten Stelle erwähnten *inhonesta caussa sponsionis*, welchen Falls die Wette nicht als bindend zu betrachten sei. Im Allgemeinen kommen dafür die Grundsätze von den Bedingungen zur Anwendung; vergl. Glück a. a. O. S. 355 f.

7 Diese Beschränkung wird durch die Praxis als anerkannt bezeugt, s. dens. S. 357. und die zahlreich dort Gen. Mittermaier a. a. O. widerspricht der Beschränkung, ohne zu sagen, ob er die Praxis leugne. Auch die Frage von der Ernstlichkeit mit Rücksicht auf die Umstände und den Gegenstand der Wette erfordert Beachtung, s. Entsch. des O.-A.-G. zu Rostock von Buchka und Budde, Bd. III. S. 100 ff.

8 Vergl. Glück S. 353. und die dort Gen. und Vangerow Bd. III. S. 500., dass also der Inhalt der Wette für beide Theile ungewiss sei, ist nicht erforderlich. — Zu bemerken ist hier noch, dass Ausspielgeschäfte und ähnliche, gleich den Lotterien, keine civilrechtliche Grundlage haben, vergl. Grolman Vers. einer Entwickelung der rechtl. Natur des Ausspiel., Giessen 1797., Lange über dens. Gegenstand, Erl. 1818 und Glück a. a. O. S. 367 ff. u. 357 ff. Mittermaier a. a. O. §§. 299. 300. Eichhorn §. 110.

1 S. §. 29. Anm. 23. Mit der hier angedeuteten Veränderung im praktischen Recht sind in diesem Gebiet zugleich zwei tief eingreifende Folgen für die Klagen entstanden, soweit sie *poenam* und *rei persecutionem* zugleich umfassen, oder statt ersterer jetzt die zweite anzuerkennen ist, oder die *poena* überhaupt nur in dieser besteht, (s. §. 29. bei und in Anmerk. 19) also für alle, ausgenommen die geringe Zahl derer, die noch als reine Strafklagen praktische Bedeutung haben, (s. ebendas. Anmerk. 25) nämlich: 1) in Ansehung der kurzen Verjährungszeit eines *annus utilis* für die meisten, vergl. das. Nr. II. b. 6. (bei Anm. 33), §. 26. a. E. §. 31. II. B. z. A. 2) In Ansehung des Uebergangs der Klagen auf die Erben, s. §. 29. II. b. 4. (bei Anm. 31). — In den Pandektenlehrbb. und den Monographien, z. B. Unterholzner Verj. (aus den gemeinen in Deutsch-

daher für erstere vorzugsweise darauf an, diese Handlungen genauer zu charakterisiren. Da dieselben nicht aus einem solchen gemeinschaftlichen Gesichtspunkt entwickelt werden können, unter welchem sie in einer organischen Verbindung und gegliederten Reihe erscheinen, so bleibt nur übrig, dieselben je nach ihrer Verwandtschaft in ihren Motiven, oder in ihrer äusserlichen Erscheinung in Gruppen zusammenzustellen. Als eine solche erscheint zuvörderst die in der Ueberschrift angedeutete, worin Dolus als Absichtlichkeit verstanden ist, und besonders sich in heimlicher oder gewaltsamer Handlungsweise äussert. (Vergl. oben §. 100. Nr. 2.)

Es gehören dahin folgende Formen.

I. Die Dieberei (*furtum*), d. h. das absichtliche Ansichnehmen einer beweglichen Sache, welche entweder einem Anderen gehört, oder woran dieser ein Interesse der Erhaltung hat, — um sich entweder in ihr selbst, oder durch einen Gebrauch derselben auf eine das Recht des Anderen verletzende Weise zu bereichern[2]. Der

land geltenden Rechten) §. 272 ff., pflegt ohne Rücksicht hierauf reines R. R. vorgetragen zu werden.

[2] Fr. 1. §. 3. *de Furtis*, *coll.* fr. 25. 39. 52. §. 19. 20. fr. 53. pr. 65. 67. pr. *eod.* Der Begriff des *furtum*, wofür ich den deutschen Ausdruck Dieberei als entsprechend anerkenne, (vergl. Heffter Kriminalrecht §. 488.) ist, wie im Text angedeutet ist, ein weiterer als der des deutschen Diebstahls, und also fällt die aus dem letzteren entspringende Obl. auf Ersatz allen Schadens in die durch den ersteren als begründet erkannte hinein. Das *furtum* unterscheidet sich vom letzteren namentlich darin, dass es 1) auch an einer eigenen, im wohlbegründeten Besitz eines Dritten befindlichen, Sache begangen werden kann, fr. 15. §. 1. fr. 19. §. 6. fr. 20. §. 1. fr. 53. §. 4. fr. 66. pr. *de Furtis;* 2) an Sachen, die nicht im Gewahrsam Jemands sich befinden, fr. 33. 67. pr. *eod.*, 3) ohne Besitzentsetzung des Anderen; vgl. Marezoll Krim.-R. S. 385. [4], Heffter a. a. O. §. 492. [2]; 4) sowohl, um die Sache selbst zu gewinnen, als um einen vorübergehenden Gebrauch, sei es auch nur einen weiteren, als den gestatteten, davon zu machen, oder sich in deren Besitz zu setzen, a) §. 6. *I. de Obl. ex del.* fr. 5. §. 8. *Commodati*, fr. 40. 48. §. 4. fr. 54. §. 1. fr. 76. pr. *de Furtis.* b) §. 1. *I. cit.* fr. 16. *de Cond. furt.* fr. 3. §. 18. 19. *de Acquir. possess.* Es tritt also hiernach unter das *furtum* namentlich das im deutschen Strafrecht als ein besonderes ausgezeichnete Verbrechen der Unterschlagung fremder Sachen, die Anmaassung verlorener, nicht derelinquirter Sachen, die wissentliche Annahme einer Nichtschuld, fr. 43. pr. 44. pr. §. 1. *de Furtis*, fr. 18. *de Cond. furt.* c. 19. *de Furtis*, und trifft somit oft mit dem Betrug (Stellionat) zusammen. Für das *furtum usus* ist übrigens gegenwärtig, in sofern jetzt nur der Begriff des Schadensersatzes und nicht der einer Privatstrafe zur Anwendung kommt, zu bemerken, dass auch dem Bestohlenen wirklich ein Schade zugefügt sein müsse, was nicht immer der Fall ist, wenn auch der *fur* einen Gewinn macht; (s. §. 101. Anm. [89]). — Das Erforderniss des *dolus* braucht nicht weiter verfolgt zu werden (*contrectatio rei fraudulosa* fr. 1. §. 3. *h. t.*); man ist einig darüber, dass es, in Uebereinstimmung mit der Natur der Sache weder nach römischem noch nach deutschem R. eine kulpose Dieberei giebt. Nur darf nicht übersehen werden, dass durch diesen *dolus* auch wirklich ein widerrechtlicher Gewinn gemacht werden müsse, was z. B. nicht der Fall ist, wenn Jemand zwar glaubt, dass er ein *furtum usus* begehe, der Eigenthümer der Sache aber nichts gegen den *usus* hatte, fr. 46. §. 8. *h. t.* — Der heimliche Baumfrevel, d. h. das heimliche Abhauen oder Beschädigen der Bäume eines Anderen, ohne das Holz zu stehlen, für welchen im R. R. die besondere *a. arborum furtim caesarum* bestand, und welcher als zwischen *furtum* und *damnum injuria datum* oder sonstigen dolosen Beschädigungen in der Mitte stehend anzusehen ist, fällt jetzt, (abgesehen von polizeilichen, oder eigentlichen strafrechtlichen Bestimmungen, — Beschädigung aus Muthwillen, Bosheit u. s. w.) da nur der Schadensersatz in Betracht kommen kann, ganz in das zweite hinein, so dass eine Unterscheidung nicht weiter hervortritt; es ist also jetzt auch die Verschiedenheit verschwunden, dass die *a. arborum furtim caesarum* nur dem Eigenthümer oder Emphyteuta zustand (fr. 5. §. 1—3. *Arb. furt. caes.*), die *a. leg. Aquil.* auch anderen an dem Grundstück Berechtigten (s. §. 125.). Wegen des Pächters s. §. 118. bei Anm. [49], [51]. S. noch folg. Anm.

Inhalt der Obligation aus der Dieberei ist der vollständige Ersatz des zugefügten Schadens, sei es in der Wiederherausgabe des entfremdeten Gegenstands sammt allem Zubehör und sonstigem Interesse, oder des Werths. Da nun die Obligation aus dem Haben ohne Grund in Folge einer Dieberei (s. §. 109. Nr. IV.) ganz denselben Inhalt hat, so kommt neben ihr die Obligation aus der Dieberei selbst als eine eigenthümliche nur soweit in Betracht, als die erstere nicht schlechthin dem Verletzten ohne Unterschied seines Verhältnisses zur Sache, und nicht wider andere Personen als die Thäter zuständig ist[3]. Nur beim einfachen geringen Diebstahl, also unter 5 Goldgulden, ist eine auf das Doppelte des Werths des gestohlenen Gegenstands gerichtete Strafklage, und diese dann ohne die vorhergedachte Beschränkung zulässig[4]. Die Forderung kann nicht nur gegen den Dieb selbst gerichtet werden[5], sondern auch gegen seine Gehülfen, Rathgeber und solche Personen, welche Instrumente und Sachen zur Begehung einer Dieberei hergeliehen haben[6]; rücksichtlich der bei Feuersnoth, Einsturz, Schiffbruch und ähnlichen Unglücksfällen begangenen Diebereien haftet auch derjenige, welcher die entwendeten Gegenstände wissentlich in Verwahrung nahm, gleich dem Dieb selbst[7].

[3] Es ist hier Rechenschaft darüber zu geben, mit welchem Recht die der *a. furti*, einer reinen Strafklage (s. §. 29. Anm. [18]), zu Grunde liegende Obligation in der Reihe der praktischen aufgezählt werden dürfe? Eine Frage, welche m. W. alle Pandektenlehrbb. gar nicht für möglich oder nöthig erachten, indem sie sich zu begnügen pflegen, reines R. R. vorzutragen, und der Leser dann sehen mag, was er damit anzufangen habe. Möglich ist jene Aufzählung nur, wenn die Voraussetzung zutrifft, deren in §. 29. Anm. [23] a. E. gedacht ist. Nach m. E. ist dies nun hier allerdings nach folgenden Beziehungen hin der Fall: 1) rücksichtlich derjenigen bestohlenen Personen, *quorum periculo res alienae sunt*, also die nicht Eigenthümer sind, wenn die bei Beantwortung der Frage, ob ihnen die *cond. furtiva* zustehe, in §. 109. Anm. [125] vorgezogene Alternative der anderen nachzusetzen ist. Da ich die Untersuchung darüber, worauf ich m. W. zuerst hingedeutet habe, nicht für abgeschlossen erklären mag, so habe ich Anstand genommen, mein Resultat ohne Weiteres und exklusiv dem Text einzuverleiben, und habe diesen allgemein gefasst. 2) Rücksichtlich der ausser dem Dieb selbst durch die *a. furti*, nicht aber durch die *cond. furt.* haftenden Personen; denn wenn man bezüglich dieser die *a. furti* als reipersekutorisch verneinen wollte, so würde es in der That an einem Rechtsmittel gegen sie ganz fehlen. 3) Rücksichtlich der bestohlenen Eigenthümer besteht die *cond. furtiva* unbezweifelt in der Richtung auf vollen Ersatz gegen den Dieb selbst (und seine Erben) und erledigt also die Ausdehnung der *a. furti* vollständig, aber nicht gegen die anderen Personen, wider welche zwar diese, aber nicht jene statthaft, m. a. W. bezüglich deren zwar immer die *obl. ex furto*, aber nicht die *sine causa* begründet ist, sondern nur, wenn sie wirklich etwas *ex furto* vom Eigenthum des Bestohlenen haben. Darum ist also auch die *a. furti* nicht ohne alle Anwendbarkeit auf sie. — Hiernach ist der Textsatz gefasst. — In der Beschränkung auf Schadensersatz ist denn die Klage aus der *obl. ex furto* neben anderen möglicherweise auf denselben Zweck gerichteten nach den gewöhnlichen Grundsätzen von der Klagenkonkurrenz zu beurtheilen.

[4] S. die P. H. G.-O. Art. 157. 158., nach letzterem bei offenem Diebstahl auf das Vierfache, wenn der Dieb „eine solche ansehnliche Person, dabei sich Besserung verhoffen mag," was jetzt schwerlich noch Anwendbarkeit finden dürfte. Diese Bestimmung kann neben dem allgemeinen Satz, dass die römischen Strafklagen im praktischen Recht nur auf die *rei persecutio* beschränkt seien, (s. Anm. [1]) nicht für unpraktisch gehalten werden, indem sie ein neueres Reichsgesetz ausdrücklich anerkennt, die Praxis über ihre Anwendbarkeit also nicht in Zweifel gewesen sein kann.

[5] S. §. 29. II. b. 4.

[6] Fr. 34. (*Is, qui opem furtum facienti fert*) 52. pr. (*consiliumve accommodavit*) 54. fr. §. 4. (*ferramenta socius commodavit, vel scalam etc.*) *de Furtis*.

[7] Fr. 1. pr. (*recepisse dolo malo*) *de Incendio, ruina.* Ueber die solidarische Haftung aller dieser Personen s. fr. 21. §. 9. *de Furtis*, und oben §. 89. Anm. [21].

II. Ein anderer Grund zu einer Obligation auf das volle Interesse wird in jeder absichtlichen Beschädigung Jemands durch rechtswidrige Täuschung, oder sonstige Arglist, heimliche Machinationen und Betrug, anerkannt, sei es durch positive Erregung eines Irrthums, also durch Vorspiegelung, oder durch Verheimlichung der Wahrheit [8], und möge der Thäter dabei sonst einen Gewinn gemacht haben oder nicht. Diese Obligation [9] tritt überall da nicht als eine besondere

[8] 1, Fr. 7. §. ult. fr. 8. fr. 18. §. 3. fr. 20. §. 1. fr. 23. 38. 39. *de Dolo.* 2, fr. 9. §. 2. *eod.*

[9] Die Frage von der praktischen Bedeutsamkeit der *a. doli* hat mehrere Schwierigkeiten. Während die Pandektenlehrbb. einstimmig hier die reine römische Lehre vorgetragen, wonach die *a. doli* namentlich dadurch ausgezeichnet ist, dass sie nur dann Statt findet, wenn die rechtswidrige Beschädigung nicht durch eine andere Klage geltend gemacht werden kann, also eine reine *subsidiaria a.* ist (fr. 1. pr. §. 1. 4. — *si alia actio non sit, quoniam famosa actio non temere debuit a Praetore decerni,* — 6. 7. *de Dolo*), auf das volle Interesse nur zwei Jahre lang geht, nachher und gegen die Erben nur als *in factum a.* auf den Gewinn des Verklagten aus seinem *dolus*, (fr. 18. pr. 28. *eod.*) dass sie *a. famosa* ist, (fr. 1. §. 4. *d.*) und daher nicht wegen Gegenstände unter 2 *aurei* gegeben wird, (fr. 9. in f. 10. 11. *eod.*) auch nicht gegen Personen, denen der Kläger Achtung schuldig ist, sondern dann als *in factum a.*, (fr. 11. §. 1. fr. 12. *eod.*) — hat es nicht an Juristen gefehlt, (s. die bei Glück Bd. V. S. 529. Gen.) welche für das praktische Recht einen Unterschied zwischen *a. doli* und *in factum* ganz leugnen. „Da die erstere nicht mehr infamire, so seien die darauf begründeten Verschiedenheiten zwischen beiden ohne praktischen Werth. Wenn also gegenwärtig Jemand durch Betrug eines Anderen Schaden gelitten, es sei in oder ausser einem Kontrakt, so klage der Hintergangene auf Schadensersatz; ob aus dem Kontrakt, oder mit *a. doli* oder *in factum*, darauf komme nichts an, denn die Klage werde ja nicht mehr benannt. Ja, auch wenn förmlich und wörtlich der Beklagte des Betrugs beschuldigt werde, so könne die Klage doch nicht mehr nach den Grundsätzen der *a. doli* beurtheilt werden, also nicht mit den obgedachten Einschränkungen, denn dadurch werde jeder Betrug offenbar begünstigt.“ Sie ist daher ohne Umschweif für eine *suppellectile minus necessaria* erklärt worden. Vergl. die bei Hänel im Archiv Bd. XII. S. 415. Gen. Glück dagegen behauptet unter Bezug auf *Hommel Rhaps. Quaest. Vol. V. obs.* 615. die fortwährende Verschiedenheit der *a. doli* und *in factum*, obwohl er wegen der Infamie zweifelhaft ist; es dauere also auch die Klage auf das Interesse nur zwei Jahre; seine fernere Ausführung zur Rechtfertigung der Anwendbarkeit der römischen Grundsätze leiden jedoch an zu grossen Mängeln, um hier wiederholt zu werden. Der gen. Hänel beantwortet die Frage, ob die *a. doli* nach heutigen Rechtsgrundsätzen Statt finden könne, ebenfalls bejahend; „man müsse sich nur von der unseren heutigen Verhältnissen und Ansichten gar nicht angemessenen Idee der infamirenden Kraft dieser Klage losreissen, die von der *a. doli* gar nicht unzertrennlich sei, dann schwinde auch ihre subsidiäre Kraft ganz und gar. Alles hänge vom Klaggrunde ab; dieser sei der Betrug, und dieser als solcher lasse sich ja gar nicht leugnen, wenn man auch von einer römischen *a. doli* nie etwas gewusst hätte, die denn doch aber auch in der That gar nichts Anderes, als ein Mittel zur Verfolgung betrüglich erlittenen Schadens sei. Man brauche sich also gar nicht zu geniren, jede Klage *ex contractu* und *in factum*, welcher wirklich *dolus* zu Grunde liege, danach zu benennen. — Die kurze Verjährungsfrist der *a. doli*, auch nur eine Folge des Verhasstseins der *a. doli* wegen der durch sie herbeigeführten Infamie, falle hiernach natürlich von selbst weg.“ Demonstrationen dieser Art, so wenig sie zu überzeugen vermögen, sind in der That leicht erklärlich, wenn das (wahre oder vermeintliche) praktische Bedürfniss durch die von der Doktrin gezogene streng römische Schranke zurückgewiesen, und das Berufen auf Unanwendbarkeit des leitenden Gesichtspunkts in der Lehre von der *a. doli*, d. i. den Wegfall der Infamie, mit der Bezugnahme auf das prätorische Edikt sich abgefertigt sieht. Die Verlegenheit aber wird um so grösser, wenn noch in neueren Gesetzen (s. z. B. chursächs. Mand. vom 26. Jan. 1775) *a. doli* und *in factum* einander entgegengesetzt, und praktische Folgen damit verknüpft werden. Nach m. E. ist die Sache unter folgendem Gesichtspunkt allein zu einer befriedigenden Lösung zu bringen. Die *a. doli* ist eine Strafklage, und zwar eine solche, wo die Strafe nur in der Entschädigung besteht, s. §. 29. bei und in

hervor, wo diese Mittel als Gründe zur Eingehung von Verträgen gewirkt haben, oder wo die rechtswidrige Schadensstiftung unter den Begriff eines besonders charakterisirten Vergehens fällt; sie füllt also eine Lücke, welche ohne die allgemeine sie begründende Bestimmung im Rechtsschutz vorhanden sein würde, in welche aber

Anm. [19], deshalb aber auch in dieser Wirkung vollkommen praktisch, s. das. bei und in Anm [23]; ihre subsidiäre Natur ist im R. R. ausdrücklich auf ihre infamirende Kraft zurückgeführt, s. fr. 1. §. 4. *de Dolo*. (Vergl. auch §. 36. Anm. [5] a. E. [6], und im Text C. und Anm. [86] und §. 98. Anm. [11]). Ist nun diese letztere völlig antiquirt, so, scheint es, muss damit auch jede darauf ausdrücklich zurückgeführte Folge wegfallen; allein hier ist nach m. E. zu unterscheiden. a) Hat die römische Ansicht von der Infamie nämlich die Folge gehabt, dass die dolosen Beschädigungen, *de quibus alia actio erit*, *vel exceptio*, also in Kontraktsverhältnissen, oder bei besonderen Deliktsobligationen nicht mit *a. doli*, sondern nur mit der Klage aus diesen Gründen verfolgt werden dürfen, obwohl dabei *dolus* zur Sprache kommt, so ist davon offenbar die praktische Anschauung die, dass eine *obligatio ex dolo* allein überall da nicht hervortritt, wo schon eine Obl. auf Ersatz anderweit begründet ist. Dass aber auch diese mit dem historischen Grunde, der Infamie, im heutigen Recht unanwendbar sei, das anzunehmen, ist man durchaus nicht berechtigt. Es haben nämlich zwar die Juristen ganz Recht, welche darauf verweisen, dass ja, wenn Jemand wegen Betrugs klagbar werde, im heutigen Prozess das Ding doch beim rechten Namen genannt werden müsse, auch wenn man mit dem Thäter in Kontraktsverhältniss stehe, oder er ein anderes doloses Delikt begangen habe; allein wenn daraus einerseits die Folge gezogen wird, dass die Klage nun immer *a. doli* zu nennen sei, (s. Hänel a. a. O. S. 416.) so ist das begreiflich der Weg zu den äussersten Verwirrungen; und wenn andererseits (s. Glück S. 532. f. aber eigentlich wohl nur aus Ungenauigkeit? —) behauptet wird, dass, sobald der Grund des erlittenen Schadens in einen Betrug des Beklagten gesetzt werde, damit *a. doli* angestellt sei, so ist das geradezu nicht wahr. Es hat vielmehr die auf rein historischem Grunde ruhende Subsidiarität eine praktische Gestalt angenommen; in den Fällen nämlich, wo *a. doli* durch andere Klagen ersetzt wurde, sind andere Formen der *obligatio* vorherrschend, so dass es nicht zum Berufen auf die blosse dolose Beschädigung allein kommt, soweit dies aber nicht zutrifft, ist keine andere als die reine *obl. ex dolo* übrig. Somit hat also die letztere auch noch im heutigen Recht eine unleugbar subsidiäre Natur, ähnlich wie der Begriff des Betrugs oder der der Falschheit im Kriminalrecht im Vergleich zu bestimmt ausgeprägten Formen der Verbrechen, s. schon fr. 3. §. 1. *de Stellionatu*. Es wird also mit Hinsicht auf den Inhalt der Klagvorträge zu unterscheiden und zu erkennen sein, welche Obl. geltend gemacht sei, oder werden könne; irrige Auffassungen und Benennungen der Klagen selbst thun nichts zur Sache; Irrungen in der Art, dass, wo z. B. wegen des *dolus* aus einem Kontrakt geklagt werden muss, oder aus einem bestimmten anderen Delikt, schlechtweg die Klage als aus der *obl. ex dolo* hergeleitet erschiene, sind eigentlich gar nicht denkbar, weil der Kläger das faktische Verhältniss hierdurch auf seine offenbare Gefahr wahrheitswidrig entstellen müsste, — und ebenso wenig Irrungen umgekehrter Art, indem derselbe dann zum eigentlichen Vorfall noch etwas hinzu erfinden müsste. Ob durch den *dolus* dabei eine Rechtsveränderung, oder eine solche von faktischer Art eingetreten ist, ist einerlei; im R. R. mögte die *doli a.* zuerst auf die erstere berechnet und dann auf die letztere ausgedehnt worden sein. Hiernach passen also die Beispiele von *obl. ex dolo* in den Quellen auch noch jetzt vollkommen, so dass der Ersatz des Schadens nur aus denselben in Anspruch genommen werden kann, s. nur z. B. 1, fr. 9. §. 1. fr. 40. (betrüglicher Rath) fr. 7. §. ult. fr. 8. (betrügliche Empfehlung) 2) fr. 7. §. 6. (Reizung eines Thiers zur Beschädigung) fr. 35. (Vernichtung eines Testaments) *de Dolo*, fr. 1. §. 12. *de Aqu. et aqu. pluv.* (doloses Abgraben des auf unserm Boden entspringenden zum Nachbar hinlaufenden Quellwassers) fr. 18. §. ult. fr. 19. *de Dolo* (Tödtung eines mir schuldigen Thiers durch einen Dritten oder den Bürgen des Schuldners), und überhaupt alle Stellen des Titels *de Dolo*. Uebrigens ist, um die *a. doli* durch andere auszuschliessen, auch erforderlich, dass letztere faktisch wirksam seien, fr. 6. (*inopia adversarii inanis a.*) fr. 7. §. 9. *eod.*, nur dürfen sie nicht durch Versäumniss verloren, oder nutzlos geworden sein, fr. 1. §. 6. 7. *eod.* b) In sofern dagegen die *a. doli* wegen ihrer infamirenden Wir-

eine nicht übersehbare Menge von Gestaltungen thatsächlicher Voraussetzungen hineinfällt. Gegenseitig gespielter Betrug hebt die Forderung auf[10].

Wenn auch nicht unter den Begriff bestimmt charakterisirter Verbrechen, sondern vielmehr eigentlich zu den Gestaltungen betrüglicher Schadensstiftung gehörig, theilweise jedoch eigenthümlich geeigenschaftet, sind folgende[11] besondere Fälle.

1. Wer wissentlich nicht Vormund eines Pflegebefohlenen ist, und dennoch, also betrüglich, Namens desselben bei einem Geschäft mit einem Anderen sich als Vormund benimmt, oder betrüglich einen Dritten dazu veranlasst, ist ersterem zum vollständigen Ersatz alles ihm daraus entstandenen Schadens verpflichtet[12].

2. Eine Verpflichtung zum vollständigen Ersatz des dadurch entstandenen Schadens begründet die arglistige Abhaltung Jemands, vor Gericht[13] in einem

kung 2 *aureos* mindestens betreffen, (fr. 9. §. ult. fr. 10. 11. *de Dolo*) und gegen Respektspersonen nicht angestellt werden soll, (fr. 11. §. 1. *eod.*) sondern nur *a. in factum*, kann von einem solchen Unterschied jetzt nicht mehr die Rede sein; wenn Hänel a. a. O. S. 418. dafür hält, dass gegen solche Personen wenigstens schonendere und mildere Ausdrücke in der Klage gebraucht werden sollen, so ist das ein juristisch wenigstens durchaus unbrauchbarer Gedanke. Ob nun diese *in f. a.* nach R. R. auch an die kurze Verjährungsfrist von zwei Jahren gebunden sei, das ist zwar aus fr. 11. §. 1. und fr. 12. *de Dolo* nicht ersichtlich, indessen kommt darauf überhaupt nichts mehr an, denn: c) die Beschränkung der *a. doli* auf einen zweijährigen Zeitraum (c. 8. *de Dolo*) ist zwar nicht, wie Hänel auch glaubt, aus Rücksicht auf die Folge der Infamie eingeführt, sondern sie hängt damit zusammen, dass die *a. doli* ursprünglich eine *i. i. restitutio* zu vertreten bestimmt war, vergl. darüber Unterholzner Verj. Bd. II. S. 370 ff. Allein dieselbe ist aus den in Anm. [1] angedeuteten Gründen unpraktisch.

[10] Fr. 36. *h. t.*

[11] Der Vergleich der folg. Reihe mit der in den Pandektenlehrbb. gewöhnlichen ergiebt, dass die erstere viel kürzer ist, und zwar darum, weil die übrigen hier gewöhnlich genannten Obl. als pönale unpraktisch sind, und soweit sie (zum Theil) nach Jahresfrist sich auf Entschädigung beschränken, meist mit der allgemeinen Klage wegen *damnum injuria datum* vollständig zusammenfallen; so namentlich: 1, wegen *in turba* verursachten Schadens, (*Dig.* 47. 8.) 2, wegen Beschädigung zur Zeit der Noth, (*Dig.* 47. 9.) 3, wegen Beschädigung von Seiten der *publicani* in Bezug auf ihr Geschäft, (*Dig.* 39. 4.) 4, wegen *calumnia.* (*Dig.* 3. 6. *Cod.* 9. 46.) Glück's, Komm. Bd. V. S. 391., Meinung, dass deshalb wenigstens auf Schadensersatz geklagt werden dürfe, ist aus einem anderen, als dem dafür aufgestellten Grunde zu bejahen, nämlich in sofern ohne Anstand das, was mit *calumnia*, *ut negotium alteri faceret aliquis*, bezeichnet wird, jetzt unter den Begriff der *a. doli* zu bringen ist. 5, Wegen *sepulcri violatio.* (*Dig.* 47. 12.) 6, Wegen der *a. in factum contra mensorem* s. §. 119. Anm. [2]. — Andere Gestaltungen endlich erscheinen in anderem systematischen Zusammenhang, so z. B. wenn dolos *ventris nomine* Besitzeinweisung gesucht worden ist, im Erbrecht, u. s. w.

[12] Wie die *a. in factum* gegen den *falsus tutor* (s. fr. 7. sqq. *Quod falso tut.* auch noch fr. 9. pr. *eod.*) vom praktischen Standpunkt aus, namentlich rücksichtlich der Verjährungsfrist und des Uebergangs auf die Erben erscheint, braucht sie eigentlich von der *a. doli* nicht weiter unterschieden zu werden; schon nach R. R., fr. 9. §. 1. *eod.*, ist sie dieser nicht nur analog, sondern *in dolum concepta*, während sie nach fr. 7. §. 2. *eod.* nicht eigentlich *poenam continet.* Vergl. noch Glück Komm. Bd. XXXII. S. 358. Wenn ich sie daher dennoch als einzelne Gestaltung mit aufführe, so geschieht dies mehr ihrer besonderen faktischen Grundlage wegen. — Der hier erforderliche *dolus* liegt immer in der *scientia*, sobald nur die Handlung eine freie ist, so verstehe ich fr. 7. §. 1. *eod.*, ohne noch besondere Aeusserungen zu erfordern, denn worin sollten diese bestehen?

[13] Fr. 1. pr. sqq. *De eo per quem factum*, fr. 3. pr. *eod.* Nach R. R. kann auch der Gegner des Abgehaltenen möglicherweise Schaden leiden, und also Gläubiger werden, s. fr. 3. pr. *eod.*, was jetzt nicht mehr möglich ist. Ebenso der Kläger dann, wenn der von ihm *in jus vocatus* von einem Anderen mit Gewalt am Erscheinen behindert worden ist, *Dig.* II. 7., was ebenfalls durch die Kontumacialfolgen unseres heutigen Prozesses erledigt ist, so dass ich mir ein nach-

Termin zu erscheinen oder die arglistige Veranlassung Dritter dazu, ihn abzuhalten[14].

3. Eine Verpflichtung gleichen Inhalts entsteht auf Seite dessen, der widerrechtlich Jemanden an Ausübung eines ihm zuständigen Begräbnissrechts hindert[15], welche von der einfachen Klage auf Schadensersatz nur dadurch verschieden ist, dass die Forderung, ähnlich der aus persönlichen Kränkungen, weder wider, noch auf die Erben übergeht[16].

4. Eine Verpflichtung gleichen Inhalts entsteht daraus, wenn Jemand denjenigen, welcher eine gerichtliche Einweisung in den Besitz von Sachen erhalten hat, arglistig oder gewaltsam daran hindert, oder hindern lässt, möge er für sich oder einen Anderen handeln[17], darin zu sein, sobald ersterer nur nicht in dem Glauben ist, die Sache gehöre ihm[18], und der Eingewiesene auch ein wirkliches Recht dazu hatte, die Einweisung zu verlangen[19].

5. Die dadurch für einen künftigen Prozess eintretende Erschwerung oder Schmälerung der Verfolgung des Jemandem zuständigen Rechts an einer eigenen oder fremden Sache, oder eines Anspruchs bezüglich derselben, dass man diese arglistig, d. h. zu diesem Zweck, im weitesten Sinn veräussert, oder auf Andere nur den Besitz überträgt, begründet eine Forderung auf Ersatz des Interesses[20]. Fehlt

weisbares Interesse, und zwar so, dass sich ein solcher Fall wirklich analog den römischen Bestimmungen beurtheilen liesse, nicht denken kann, obwohl Glück Bd. III. S. 425. nach einigen Aelteren noch eine Klage darauf für möglich hält. Dagegen könnte eine solche Abhaltung des Verklagten allerdings dessen Interessen verletzen und der gewaltsam Handelnde auch zum Schadensersatz genöthigt sein, allein das würde unter den Begriff der Injurie im weiteren Sinn fallen, oder unter den des *damnum injuria datum.*

14 Fr. 1. §. 1. *eod.*

15 Fr. 8. §. ult. *de Religios.*, s. auch noch §. 40. Anm. 20 und die besondere das. a. E. erwähnte Obl. auf *tollere vel pretium praestare*, nach fr. 7. pr. und 9. *eod.* (die *in* und *contra heredes* übergeht). Das in der ersten Stelle erwähnte *Interd.* neben der *in factum a.* ist antiquirt.

16 Fr. 9. *eod.*; in dieser Stelle ist das Interesse je nach Verschiedenheit der Umstände näher angedeutet, und der Verwunderung darüber, dass sie weder *in*, noch *contra heredes* übergehe, die Bemerkung angeknüpft: *certe, perpetuo ea inter ipsos competit.*

17 1, Fr. 1. pr. — §. 3. 5 — 7. fr. 2. §. 1. *Ne vis fiat ei etc.* 2, fr. 1. §. 8. *eod.* (*intra annum et non postea, cum sit poenalis — nec in heredes, nisi in id, quod ad eos pervenisset;* eine Ausnahme macht die *missio legator. nom.*, wo *actio perpetua est*).

18 Fr. 1. §. 4. *eod.*

19 Fr. 1. §. 5. *h. t.* Dies wird freilich meist schon rechtskräftig entschieden sein, wenn es dazu kommt; das Gegentheil ist von einer provisorischen Einweisung zu verstehen. Vergl. nämlich §. 35. a. E.

20 Fr. 1. pr. *de Alienatione judicii*, (*data opera in fraudem nostram*) fr. 4. (*tot.*) 7. 8. §. 1. *eod.* Von den Beispielen dieses Titels über die Art der Erschwerung sind zwar manche antiquirt, oder doch unanwendbar, s. fr. 1. §. 1. (*potentior adversarius*) fr. 3. §. 1. (*servus manumiss.*), auch wohl fr. 2. (*qui vexaturus sit adversarium*) *eod.*; die übrigen hingegen sind vollkommen geeignet, den Begriff bestimmt aufzuhellen, so: Veräusserung an solche, die unter entfernten Gerichten wohnen, fr. 1. §. 1. fr. 3. pr. *eod.*, unter solchen Umständen, wo der Veräussernde *interdicto quod vi aut clam* haftete, *quia suis impensis id opus tollere deberet*, nun aber *meis impensis* dies nöthig wird, da der neue Erwerber nur auf das *pati id opus tolli* haftet, §. 2. *eod.*, s. auch noch fr. 4. pr. *eod.* Blosses Aufgeben, Derelinquiren der Sache gehört nicht hierher, fr. 4. §. 1. *eod.* Hat der Andere keinen Anspruch in Betreff der Sache, so erledigt sich natürlich die Forderung, fr. 4. §. 5. *eod.* Mit Unrecht ist von Manchen (s. die bei Glück Bd. VI. S. 64. Gen.) diese Obl. darum für unpraktisch gehalten worden, weil seit Hadrian *a. in rem utilis* gegen den zulässig ist, *qui dolo malo possidere desiit;* denn sie sind nicht nur in *c. un. ej. tit.* beide neben einander zur Auswahl anerkannt, sondern es ist ja die *a. in factum jud. mut. caussa* auch unter solchen Umständen begründet, wo der

es an diesem Zweck bei der Veräusserung[21], was bei letztwilliger Zuwendung allein der Fall ist[22], oder ist der Veräussernde bereit, sich auf die Klage der Veräusserung ungeachtet einzulassen[23], so fällt der Anspruch weg[24].

6. Eine besonders ausgebildete Obligation wegen betrüglicher Beschädigung[25]

Schuldner gar nicht als *possessor*, sondern obligatorisch anzugreifen war. Ausserdem muss bei der *rei vind. utilis* das Eigenthum erwiesen werden, was (den Fall dieser vorausgesetzt) bei unserer *a. in factum* nicht nöthig ist, vergl. Glück a. a. O. S. 63. 2). Es gehört also in diesem Fall nicht zum Klaggrunde, dass dem Kläger das Eigenthum zustehe, sondern nur, dass er es vom Verklagten habe vindiziren wollen, und darum dieser es *dolo malo* veräussert habe; der vorgedachte Inhalt des fr. 4. §. 5. *eod.* hat mithin einen exceptivischen Charakter. S. übrigens noch bei und in Anm. [25].

[21] Fr. 4. §. 1. 3. fr. 8. §. 5. *eod.*

[22] Fr. 8. §. 3. *eod.* s. auch §. 4. *eod.*

[23] Fr. 3. §. ult. *eod.*

[24] Zum Beschluss kommt nun noch fr. 11. und 12. *eod.* in Betracht. Glück a. a. O. S. 57. versteht beide davon, „dass auch eine Einrede, *jud. mut. caussa alienat. factam esse,* Statt finde, wenn der, an welchen die Veräusserung geschehen, das ihm abgetretene Recht durch Anstellung einer Klage wider den verfolgen wolle, zu dessen Nachtheil die Veräusserung geschehen sei," und die letzte davon, „dass zuweilen (?) zur Strafe sogar dem Veräusserer wie dem Erwerber das Recht verloren gehe, z. B. bei abgetretenem Antheil an einer *res communis.*" Puchta §. 379. stützt auf beide Stellen den mir unverständlichen Satz: „die Veräusserung durch den Kläger (?) giebt dem Beklagten gegen den nunmehrigen Kläger eine Exceptio." Anstatt dieser generalisirenden Schlüsse findet sich bei Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 89. nur der Satz: „es könne manchmal auch auf dem Weg der Einrede geholfen werden," er scheint also den Inhalt der beiden Stellen auf die in ihnen enthaltenen Fälle zu beschränken. Die richtige Erklärung beider Stellen findet sich bei Mühlenbruch Cession §. 30. (S. 357 ff.). Der in fr. 12. *d.* nämlich enthaltene Fall ist ganz singulär und eine analoge oder sonstige Ausdehnung daher nicht zu entnehmen, (über die darin erwähnte *Lex Licinia* s. Dirksen Beitr. zur Kunde des R. R. S. 312 ff.) und darin das arglistige Abtreten des Besitzes an Dritte auf die *a. communi divid.* bezogen, und zwar so, dass danach auch der Veräusserer der *pars rei communis* die Klage nicht mehr soll anstellen dürfen. Fr. 11. *d.* betrifft eine Abtretung der *rei vindicatio.* Aus beiden Stellen ist der Satz abzuleiten, dass die Beziehungen des Edikts (*de alienat. mut. j. c.*) auf Klagen nur zu dem Resultat führen, dass deren Veräusserung ungültig gewesen sei, wenn sie die Folge einer wirklichen oder fingirten, (bei Abtretung der *rei vind.*) und zwar in der Absicht, einen beschwerlicheren Gegner zu substituiren, geschehenen Veräusserung einer Sache war," s. Mühlenbruch a. a. O. S. 359. und S. 375 f. (Diese ganze Bestimmung, welche mit dem Verbot der Cession von Klagen *in potentiorem* in Verbindung steht, muss gleich dieser mit den sittlichen Zuständen, welche sie veranlassten, als erloschen betrachtet werden, s. §. 128. unter III. b.) Es ist also nicht nur keine Anwendung mehr von ihnen zu machen, sondern ich kann mir überhaupt keinen Fall denken, dass der Gläubiger aus der Obl. *propter alienat. jud. mut. caussa factam* sollte in die Lage kommen können, sie *excipiendo* geltend zu machen, als zum Behuf der Kompensation der Forderung aus ihr wider andere dessen, der alienirt hat.

[25] Das R. R. bietet verschiedene Mittel dar gegen die *in fraudem creditorum* geschehenen Handlungen des Schuldners, d. h. Veräusserungen unter Umständen, wo er sich sagen musste, dass damit die zur Befriedigung der Gläubiger nothwendigen Mittel angegriffen werden; (fr. 17. §. 1. *Quae in fraud. cred.*) die Hauptstellen sind: fr. 1. pr. 10. pr. 11. *Quae in fraud.* fr. 25. *de Rebus auctor. jud.* und §. 6. *I. de Action.* fr. 67. §. 1. *ad Sct. Trebell.* und fr. 96. pr. *de Solution.* Es sind nämlich 1, die *in factum a.* aus dem Edikt, einmal *a. Paulliana* gen. (s. fr. 38. §. 4. *de Usur.*), 2, das *Int. fraudatorium*, s. die beiden letzteren Stellen, 3, eine *in integrum rest.* bezüglich einer *utilis rei vind.* s. die Instit.-Stelle. Ueber die letztere s. §. 36. Anm. [89]. Von dieser wird bei den energischeren Mitteln, welche unser heutiger Konkursprozess in dem Stadium darbietet, (s. nachher bei Anm. [36]) wo sie erst anwendbar ward, wohl schwerlich jemals Gebrauch zu machen sein. Aus diesem Grunde können auch die Streitigkeiten über das Verhältniss des §. 6. *d.* zur *a. in factum* auf sich beruhen. Das *Int. fraud.* ist zwar durch

entsteht durch die zum Schaden eines oder mehrerer Gläubiger von Seiten des Schuldners dergestalt geschehene Entäusserung jeder Art von seinem Vermögen [26],

seine prozessualische Eigenthümlichkeiten von der *a. in factum* verschieden, ob aber, wie Schröter in d. Zeitschrift Bd. VI. S. 136. nach fr. 10. pr. *d.* behauptet, auch noch materiell darin, dass es nur in Fällen der Mitwissenschaft anwendbar gewesen, mag dahin stehen, s. noch Unterholzner a. a. O. S. 141., von einer praktischen Verschiedenheit ist durchaus keine Rede. Die *a. in f.* oder *Paulliana* endlich ist offenbar eine selbstständige Klage, keine *adjectitiae qualitatis* der vom Schuldner aufgegebenen Klage, s. dens. S. 141. Diese nun stand namentlich auch bei ausgebrochenem Konkursverfahren, also auch noch nach geschehener *immissio in bona* dem *curator bonorum* zu; vergl. Francke im Archiv Bd. XVI. S. 131 ff. In dieser Anwendung kommt sie jetzt nicht mehr vor, weil sie nicht nöthig ist, indem durch die angenommene Nichtigkeit der Handlungen des Gantmanns nach ihm entzogener Dispositionsfähigkeit die Vindikation des Weggegebenen sich von selbst versteht; nur in sofern es Rückzahlung weggegebener Gelder betrifft, würde allerdings ein Unterschied nicht weiter erkennbar sein, als in sofern die Obl. des *dolo malo* die Zahlung Annehmenden nicht mehr auf diesen *dolus* allein zurückzuführen, sondern, bei der Unfähigkeit des Schuldners, Zahlung zu leisten, ein Haben ohne Grund eingetreten ist; s. §. 109. Anm. [35]. Die Anwendbarkeit der *a. Paulliana* findet also gegenwärtig Statt: 1, ausser dem Konkurs, wenn z. B. nur ein Gläubiger vorhanden ist, der durch die Exekution in des Schuldners Vermögen nicht gedeckt wird. 2, Im Konkurs von Seiten des Güterpflegers.

[26] Die weiteste Bezeichnung dessen, was hierher gehöre, enthalten fr. 1. §. 1. 2. *quae fraud. caussa gesta erunt*, — *quae in bonis fecit*, *quaecunque in fraudem alienata*, — und fr. 3. §. 2. *qui aliquid fecit, ut desinat habere quod habet*, und fr. 4. *eod. qui non facit quod debet facere.* Als Beispiele finden sich: Veräusserungen fungibeler Sachen und Zahlungen in Gelde, Eigenthumsübertragung anderweitiger Stücke seines Vermögens an Dritte, Bestellung von Pfandrechten, Dienstbarkeiten, einer Mitgift, Verzicht auf Sachenrechte und Forderungen, zu wohlfeiler Kauf oder verkürzender Vergleich, (s. aber Anm. [30]) eingezogene Verpflichtungen, Zuwendung von Klagerechten oder Exceptionsrechten, auch durch absichtliche Nichtunterbrechung der Verjährung, dolose Eidszuschiebungen u. s. w., s. fr. 1. §. 2. in f. fr. 2. 3. pr. §. 1. fr. 5. 10. §. 13—15., fr. 14. 17. §. 1. fr. 18. 25. pr. *eod.* fr. 9. §. 5. *de Jurejur.* fr. 43. §. 7. *de Aedil. Ed.* Unter den neueren Juristen sind jedoch manche Streitigkeiten über einzelne Anwendungen entstanden, wie deren schon unter den Römern vorkommen. Diese sind von Francke einer ausführlichen Revision unterworfen worden, im Archiv Bd. XVI. S. 133 ff., wonach folgende Resultate im Besonderen als festgestellt anzusehen sind. Es können mit der *a. Paulliana* angefochten werden: 1) Verpfändungen für schon vorhandene Schulden, welchen also die Absicht zu Grunde liegt, den Gläubiger beim Ausbruch eines Konkurses zu sichern (fr. 6. §. 6. *Quae in fraud.*), vergl. dens. S. 261. (auch wegen fr. 13. *eod.*). 2) *Datio in solutum* (fr. 1. §. 2. *eod.*), s. dens. S. 262 ff. 3) Zahlungen auf noch nicht fällige Forderungen, jedoch nur rücksichtlich des *interusurium* (fr. 10. §. 12. fr. 17. §. 2. *eod.* s. a. E. der Anm.) oder auf bedingte Forderungen, s. dens. S. 269 ff. 4) Nicht hierher gehört aber ein blosses Ausschlagen von Vortheilen (*lucrum cessans*), wenn auch zum offenbaren und erklärten Nachtheil der Gläubiger, fr. 134. *de R. J.* fr. 6. pr. §. 2—4. fr. 19. 20. *Quae in fr.* fr. 67. §. 1. *ad Sct. Trebell.* 5) Dass ferner Zahlungen klagbarer und fälliger Forderungen (vor der *immissio in bona*) nicht hierher gehören, ist zwar im Allgemeinen unbestritten, s. fr. 6. §. 6. 7. *Quae in fraud.* fr. 10. §. 16. *eod.* und vergl. Francke a. a. O. S. 140 ff. 251 ff. s. auch Laspeyres das. Bd. XXI. S. 54 f. Dagegen aber ist zwischen beiden darüber Streit, dass ersterer die sog. Gratifikationstheorie der Aelteren bestreitet, d. h. er behauptet, dass solche Zahlungen stets irrevokabel seien, auch wenn damit eine Begünstigung des bezahlten Gläubigers geschehe, der sonst mit den übrigen nicht voll oder gar nicht befriedigt worden sein würde, während letzterer auch eine solche fraudulose Zahlung einer wirklichen Schuld für anfechtbar nachzuweisen versucht, d. h. sobald diese Absicht des Schuldners vorliege und realisirt werde, die übrigen zu verkürzen, und der Gläubiger hieran durch Mitwissenschaft Theil nehme, — „ein Beweis, der freilich für den, der die *a. Paulliana* anstellt, nicht leicht sein

dass dadurch die Mittel zu deren Befriedigung verringert oder ihnen ganz entzogen werden, wenn sie sowohl durch Dolus des Veräussernden als unter Mitwissenschaft daran auf Seiten des Erwerbers herbeigeführt worden ist[27]. Entscheidend also ist der Umstand, dass der Schuldner entweder schon zur Zeit der Veräusserung zahlungsunfähig ist, oder es dadurch wird[28]. Nur die Bezahlung klagbarer wie naturaler und fälliger wie betagter Schulden vor der Zeit kann niemals unter den Begriff betrüglicher Veräusserung zum Schaden anderer Gläubiger fallen[29]. Als Schuldner aus dieser Obligation erscheint demnach der Erwerber des veräusserten Gegenstands, und zwar ohne Rücksicht darauf, ob er dagegen irgend etwas oder gar den vollen Werth geleistet hat[30]. Bei unentgeltlichen Erwerbungen, also durch Schenkung und letztwillige Zuwendungen, ist sogar die Mitwissenschaft nicht erforderlich, wenn jedoch ein solcher Erwerber sich wirklich nicht in einer solchen befunden hat, so haftet er nur bis auf den dadurch gemachten Gewinn[31]; ebenso verhält es sich mit

werde.“ Allein ich halte ihn gar nicht für möglich, denn der Gläubiger, welcher unter den vorausgesetzten Umständen Zahlung annimmt, kann doch nicht *in mala fide* sein, s. fr. 129. pr. *de R. J.* fr. 6. 7. fr. 24. *h. t.* Die von Laspeyres für seine Ansicht citirten fr. 25. §. 1. *h. t.* und fr. 96. pr. *de Solution.* erledigen sich bei genauerer Untersuchung vollständig, indem die erste nur den *maritus, qui ignoraverit*, mit dem Gläubiger vergleicht, in der zweiten aber die Bezahlung mit fremdem Gelde geschehen und der Pupill darum wirklich betrogen worden ist. Fr. 6. §. 1. 2. *de Rebus auctor. jud.* und fr. 24. *h. t.* endlich beziehen sich gar nicht auf die *a. Paulliana;* wider die davon gemachte Anwendung s. Francke a. a. O. S. 251 ff. Was vorher von der Befugniss zur Annahme der Zahlung fälliger und klagbarer Forderungen gesagt worden ist, passt nun aber auch ohne Bedenken auf die noch nicht fälligen und nicht klagbaren Forderungen. Zwar leugnen Francke S. 266 ff. und 269. und Laspeyres S. 75. an den aa. OO. dies ausdrücklich; allein die vorher unter Nr. 3, cit. Stellen lassen ganz bestimmt bei vor der Zeit bezahlten Forderungen *in diem* nur die Rückforderung des *interusurii* zu, so dass eine Ausdehnung derselben auf die ganze Forderung um so willkührlicher erscheint, als in jener Bestimmung sogar ein *arg. e contrario* für diese gefunden werden darf. Doch bedarf es dessen gar nicht; denn offenbar handelt auch ein Gläubiger aus solchen Forderungen durch Annahme der Zahlung nicht dolos, da sie ja doch wirklich existiren, und also muss dieser Grund hier zu demselben Resultat führen, wie bei schon fälligen und klagbaren Obl. — 6) Eine Frage, die ich nur bei Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 93. kurz bejaht finde, ist endlich die, ob doloses Preisgeben auch mit unter dem *dolose gestum esse* begriffen sei, wozu dann hinzuzudenken ist, dass der Erwerber darum gewusst habe; ich halte dies allerdings für richtig, doch mögte hierin meist eine versteckte Schenkung liegen. Vergl. Arndts Pand. §. 228. Anm.

[27] Fr. 1. pr. 10. pr. §. 2—5. (*conscientia fraudis*) 7. *eod.* coll. fr. 6. §. 8. fr. 10. §. 2. 4. 7. *eod.*, vergl. fr. 8. §. 1. *de Reb. auctor. jud.* und s. Francke S. 126. und Laspeyres S. 38. 52. vergl. Entsch. des O.-A.-G. zu Lübeck in Hamb. R.-S. II. 3. S. 711 f.

[28] Fr. 10. *Qui et a quib. manum.*

[29] S. Anm. 26 und bei Anm. 36.

[30] Denn ob er oder der Veräussernde Gewinn dabei gemacht haben, ist ganz einerlei; s. Laspeyres a. a. O. S. 40. Das Abhandenbringen des Gegenstands, woraus Befriedigung gesucht werden könnte, genügt, um den Gläubiger zu verkürzen. Ist freilich das Objekt der Gegenleistung noch vorhanden und die Hülfe darin vollstreckbar, und sie überhaupt dem Werth des Gegenstands angemessen, so kann weder von *fraus* noch von *damnum* die Rede sein. — Unterholzner's Folgerung (a. a. O. S. 95. 2. aus fr. 25. §. 3. *Quae in fraud.*), dass auch dritte thätige Theilnehmer angegriffen werden könnten, wenn sie auch nichts erworben hätten, ist unrichtig; der Fall ist so zu denken, dass der *procurator* als selbstständig handelnd zu betrachten ist, sobald der *dominus* seine Handlung nicht genehmigt. Von der Klage wider den Veräusserer, welche u. A. in fr. 25. §. 7. *eod.* zugelassen wird, ist jetzt keine Anwendung mehr zu machen. Einen besonderen Erfolg nach R. R. konnte sie nur durch Hülfsvollstreckung gegen seine Person haben. S. Unterholzner a. a. O.

[31] Fr. 6. §. 11. 13. fr. 17. §. 1. fr. 25. pr. *eod.*

Unmündigen überhaupt, wider welche der Begriff des Dolus noch nicht in Anwendung kommt, während der des Veräusserers darum nicht ohne Wirkung bleiben darf[32], und mit solchen Personen, für welche Stellvertreter handelnd aufgetreten sind[33]. Dem ursprünglichen Erwerber wird auch der dritte Besitzer des dolos veräusserten Gegenstands gleichgeachtet, welcher ihn mit der Kenntniss von dem Zweck der früheren Veräusserung erworben hat[34]. Gläubiger ist jeder durch die Veräusserung wirklich verkürzte Gläubiger des Veräusserers[35]. Da nun die Voraussetzung der Unzulänglichkeit des übrigen Vermögens zur Deckung der Schulden häufig auch erst dann hervortritt, wenn über des Veräusserers Vermögen Konkurs ausgebrochen ist, so tritt für diesen Fall der Güterpfleger für die Gläubiger auf; auch hat dieses Ereigniss überhaupt die Wirkung, dass die nach der förmlichen Konkurseröffnung oder auch schon nach Erlass eines nur provisorischen Veräusserungsverbots vom Gemeinschuldner noch vorgenommenen Veräusserungen und Zahlungen ohne alle Ausnahme ohne Weiteres von selbst völlig ungültig sind[36]. — Der Inhalt der Forderung ist, soweit er sich nicht, wie obgedacht, blos auf die Bereicherung beschränkt[37], die Zurückübertragung des Entäusserten mit allem Zubehör, oder die Wiederherstellung des Aufgehobenen, beziehungsweise der Ersatz[38], und die Zurückzahlung der empfangenen Summen, und zwar soweit und in dem Betrag, wie es zur Befriedigung des Verkürzten erforderlich ist[39]; hat der Erwerber für das Erworbene eine Gegenleistung gegeben, so kann er deren Gegenstand nur dann zurückfordern, wenn er sich noch in der Masse des Veräussernden befindet[40]. Kommt es auf die Herausgabe einer Sache an, so kann deren Besitzer ähnlich wie bei der Eigenthumsklage die auf sie gemachten Verwendungen in Anspruch nehmen[41].

Der Fiskus geniesst hierbei mehrere Vorrechte; zu seinem Vortheil können: 1) nicht nur Veräusserungen rückgängig gemacht werden, sondern auch die von seinem Schuldner ausgeschlagenen Vermehrungen seines Vermögens[42]. 2) Er

die Beschränkung der ersten Stelle ist unbedenklich in der zweiten als wiederholt gedacht.

[32] Fr. 6. §. 10. *eod.*

[33] 1, Fr. 10. §. 5. *eod.* (*tutor.*). 2, Für andere Vertreter folgt dies aus der Analogie; vergl. auch Unterholzner a. a. O. S. 96. *D.*

[34] Fr. 9. *eod.*

[35] (Fr. 1. pr.) 10. §. 1. (*si eventum fraus habuit*) fr. 15. (*et consilium et eventum*) *eod.* Wenn der veräussernde Schuldner sich mit seinen dermaligen Gläubigern abgefunden hat, und später von Neuem in Schulden geräth, so erscheinen diese nicht durch die frühere Veräusserung verkürzt, fr. 10. §. 1. *eod. nisi horum pecunia, quos fraudare noluit, priores dimisit, quos fraudare voluit*, coll. fr. 15. 16. *eod.*; allerdings aber kann ein einziger der nicht befriedigten früheren Gläubiger die Klage anstellen, §. 6. *eod.*

[36] S. Francke a. a. O. S. 129. Bayer Konkursproz. §. 19. und die dort Gen. Hier liegt eine wichtige praktische Verschiedenheit vom R. R. vor.

[37] Von diesem ist auch fr. 25. §. 4. *eod.* zu verstehen; s. Unterholzner a. a. O. S. 98. e).

[38] Fr. 9. *eod.*

[39] Fr. 10. §. 19. (*restitui cum sua caussa*) 20. (*fructus* nach allgemeinen Grundsätzen, d. h. auch *percipiendos*, nach Abzug der auf sie verwendeten Kosten) fr. 10. §. 22. (*restitut. in pristinum statum, sive res fuerunt, sive obligationes* (*ut perinde omnia revocentur, ac si liberatio facta non esset; propter quod etiam medii temporis commodum*), fr. 14. (*dominia rerum revocantur — actiones restaurantur. Ea propter competit haec a. etiam adversus eos, qui res non possident, et adversus eos, quibus a. competit, ut actione cedant.*) fr. 17. 25. §. 1. *eod.*

[40] Fr. 7. 8. *eod.*

[41] Fr. 10. §. 20. *eod.* Diese Stelle spricht zwar von Kostenersatz mit gewissen Beschränkungen, doch sind diese nicht als exklusiv zu verstehen, denn es ist durchaus kein Grund vorhanden, das Verhältniss des Verklagten nach anderen Grundsätzen als bei der *rei vind.* zu beurtheilen, s. §. 52. Anm. 44 ff.

[42] Fr. 45. pr. *de J. F.*; übrigens ist das bestritten.

kann auch den Erwerber, der um die dolose Veräusserung nicht gewusst, ohne Ausnahme angreifen[43]. 3) Er ist befugt, auch von den Gläubigern, welchen nach der obigen Bemerkung darüber von den Verletzten die empfangene Bezahlung sonst nicht wieder abgefordert werden kann, dieselbe nach Verhältniss zurückzuverlangen[44].

III. Gewaltsame widerrechtliche Handlungen werden auf mehrfache Weise, je nach Verschiedenheit ihres eigentlichen Inhalts und Zwecks, Grund von Obligationen. Der Begriff der Gewalt ist dabei zunächst in dem Sinn des §. 22. Nr. I. zu verstehen, sodann aber von einem Handeln gegen ein Verbot des Richters. In manchen Fällen tritt dieser Begriff hinter andere, welche in ihnen den Ursprung der Obligation charakterisiren, zurück, so z. B. sind widerrechtliche Schadensstiftungen auch auf gewaltsame Weise möglich, s. ferner §. 28. I.; in noch anderen musste es für zweckmässig befunden werden, ihn mit dem des Dolus im engeren Sinn zusammenzustellen, indem er gleiche Folgen mit diesem äussert, s. z. B. vorher Nr. II. 4. Hier sind daher folgende ausschliesslich auf den Begriff der Gewalt, und was diesem gleichgeachtet wird, zurückzuführende Obligationen übrig:

1. Die Beraubung, d. i. die widerrechtliche gewinnsüchtige Abnahme beweglicher Sachen mit wirklich vollzogener Uebermacht gegen die Person des Inhabers; sie begründet eine Forderung auf Zurückgabe des Geraubten sammt allem Zubehör und vollständigem Schadensersatz[45]. Dieselbe entsteht für die nämlichen Personen,

[43] Fr. 45. *d.* coll. fr. 18. §. ult. *eod.*, auch das ist bestritten.

[44] Fr. 18. §. 10. *de J. F.* (*omnimodo, — etiamsi ignoravit cum consumeret*).

[45] Die Ediktstelle, woraus die *a. vi bonorum raptorum* ihren Ursprung nimmt, fr. 2. pr. *Vi bonor. rapt.* begreift an erster Stelle ein *dolo malo hominibus coactis damni quid factum* (*sive cujus bona rapta esse dicentur*); dennoch heisst die Klage „*vulgo*" so wie angegeben, fr. 2. §. 17. fr. 3. §. 5. *eod.*, so dass also ihre Aeusserung vorzugsweise in dieser Richtung als geschehen gedacht ist; in dem entsprechenden Titel des Codex (IX. 33.), wie in den Institutionen kommt sie nur in derselben vor; s. auch noch fr. 2. §. 23. *eod.*, worin nur gewaltsame Entwendung für sie als vorausgesetzt erscheint, während §. 12. *hanc actionem* auch auf *damnum datum* bezieht, wofür nach §. 10. auch die *a. Legis Aquil.* konkurrirt. Es ist ferner die Klage aus dieser Ediktsstelle in der letzteren Anwendung zwar zunächst auf den Fall, *si homines coacti sunt*, berechnet, fr. 2. §. 3—6. *eod.*, aber nach §. 7. *eod.* keineswegs ausschliesslich, sondern auch, *si solus damnum dedit.* Da nun die Klage überhaupt auf den vierfachen Betrag des Geraubten oder des durch die Beschädigung entstandenen Verlusts gerichtet war, worin aber dessen wirklicher Ersatz eingeschlossen sein sollte, pr. *I. de Vi bonorum*, gegenwärtig also in dieser letzteren Beziehung allein praktisch, m. a. W. eine Ersatz-, resp. Schadensersatzklage geworden ist, s. §. 29. bei und in Anm. [23], vergl. mit Anm. [18], so fällt alles Besondere in Ansehung ihrer jetzt weg, und die unter sie möglicherweise zu stellenden Fälle treten sämmtlich unter die *actio legis Aquiliae*, s. §. 125. I. Somit bleibt die gewaltsame Beraubung allein übrig und zwar ebenfalls nur mit der Folge einer vollständigen Entschädigung an den Beraubten, auch als *perpetua*, s. fr. 4. §. 8. *Vi bonor. raptor.* c. 9. *ej. tit.*, und *contra heredes*, denn der in fr. 2. §. 27. *ej. tit.* angeregte Zweifel ist wenigstens ohne praktische Bedeutung. Diese Klage unterscheidet sich: 1) durch das auch sonst noch charakteristische Merkmal des vorausgesetzten *dolus malus*, hier besonders auf Gewinnsucht gerichtet, fr. 2. §. 18. fr. 2. §. 8. 10. 26. *eod.*, so dass also Niemand *rem suam* rauben kann, oder eine Sache, auf welche er ein Recht zu haben glaubt (§. 18. 20. *eod.*, §. 1. *I. de Vi bonor.*), von der Klage aus einer Handlung mit ähnlichem Erfolg, welcher unerlaubte Selbsthülfe zu Grunde liegt, s. §. 28. bei Anm. [9] ff.; 2) vom *Int. Unde vi* jetzt bes. durch seine objektive Ausdehnung, s. nachher Nr. 2. im Text. — Es erklärt sich übrigens von selbst, wenn es in fr. 2. §. 26. *eod.* heisst: *rerum raptarum nomine etiam furti, vel damni injuriae, vel condictione agi potest, vel certe singulae res vindicari possunt*, d. h. es kann vom Verletzten beziehungsweise, wenn er Eigenthümer ist, das

welche aus einer Dieberei Anspruch auf Zurückgabe und Schadensersatz erlangen würden, also für Jeden, dessen Interessen durch die Beraubung verletzt worden sind[46], und nicht nur wider dieselben Personen, welche aus einer solchen haften würden, sondern auch gegen den Anstifter der Gewaltthätigkeit[47].

2. Die gewaltsame oder sonst wie widerrechtliche Entsetzung[48] aus dem ju-

Verhältniss auch unter einen minder strengen rechtlichen Gesichtspunkt gebracht werden; ursprünglich ist die Stelle auf den Formularprozess berechnet. — In Bezug auf den Begriff der Gewalt endlich ist hier noch zu bemerken, dass, wenn in fr. 52. §. ult. *de Furtis* auch die *a. vi bonor. r.* gegen den zugelassen wird, *qui ex domo, in qua nemo erat, rapuerit*, dies entweder von *coactis hominibus*, und der Absicht, eventuellen Widerstand zu brechen, oder von gewaltsamem Einbruch (s. fr. 2. §. 1. — *contra ea, quae vi committuntur*) zu verstehen sein wird; praktische Bedeutung hat auch das nicht.

[46] §. 2. *I. Vi bonor. raptor.* fr. 2. §. 22—25. *ej. tit.* (Die Ausdehnung in §. 24. *eod.* erscheint als reine *poena*, und fällt also jetzt weg.)

[47] Fr. 2. §. 12. fr. 80. §. 4. *de Furtis.*

[48] Die Darstellung der im Text behandelten Obl. hängt zunächst davon ab, ob man neben dem *Int. unde vi* die Spolienkage als ein besonderes neueres Rechtsmittel, oder nur als eine Erweiterung und Fortbildung des ersteren anerkennt; bestimmt man sich für das erstere, so würde das Obligationsverhältniss, welches der Spolienklage zu Grunde liegt, nicht mehr als ein civilrechtliches erscheinen, sondern theils dem deutschen Recht, theils dem Prozess zu überweisen sein, dann aber die Frage wieder entstehen, ob und in wiefern die dem *Int. unde vi* zu Grunde liegende Obl. nun überhaupt noch von praktischem Werth sei? Die Antwort auf die erste Frage ist ausserordentlich bestritten. Während die Civilisten sie in ihrer ersten Alternative verneinen, und in der zweiten bejahen, s. Savigny Besitz §. 50. Mühlenbruch §. 244. 134. [6], Puchta §. 135. c), wodurch sich denn die zweite Frage erledigt, lehren umgekehrt angesehene Germanisten und Prozessualisten, (doch nicht ohne Widerspruch einzelner, s. z. B. den nachher gen. Reyscher und Bayer summar. Prozess. §. 64. Anm. [5]) dass die Spolienklage ein Rechtsmittel besonderen Ursprungs und von besonderer Art sei, wodurch das *Int. unde vi* dann so wesentlich modifizirt sein würde, dass es neben jener in der That ganz wegfallen müsste. Was nun zuerst das *Int. unde vi* betrifft, so ist es nicht nöthig, auf das frühere R. R. zurückzugehen, vielmehr können die reingeschichtlichen Momente bei Seite gelassen werden, s. darüber Savigny a. a. O. §. 40. z. A. und Schilling Instit. Bd. II. §. 144. c)—e). Nach neuestem R. R. also hat das *Int. unde vi* (bei *Cic. pro Tull.* c. 44. gen. *de vi*) in der Sprache der Konstitutionen, *J. momentariae possess.* — s. darüber Savigny §. 43. u. Mühlenbruch §. 240. [5] — u. *momentaneae poss. actio*, c. 8. *Unde vi*, c. 3. *Qui legitim. poss.* und *momenti actio*, (im *Cod. Theod.* IV. 22.) die Wiederforderung des durch Gewalt verlorenen Besitzes von Grundstücken einschliesslich der Mobilien, *quae ibi sunt*, zum Gegenstande, s. fr. 1. §. 3—6. 7. 8. *de Vi*, während für Mobilien die *a. furti* und *vi bonor. raptor.* für ausreichend befunden wurde, und zwar im weitesten Umfang der Restitution und des Schadensersatzes, s. fr. 1. §. 31. 41. 42. fr. 6. 15. 19. *eod.* Ueber die Aeusserungen der *vis* s. fr. 1. §. 1. 24. *eod.* Ueber die Personen, gegen welche sie ausgeübt werden kann, s. fr. 1. §. 22. fr. 20. *eod.* c. 1. *Si per vim.* S. noch fr. 1. §. ult. *de Vi.* Von selbst verstand sich hierbei die Beschränkung derselben auf den unmittelbaren oder mittelbaren Urheber der Dejektion, s. fr. 1. pr. §. 12—15. 20. fr. 3. §. 10—12. *eod.* und fr. 3. §. 10. *Uti possidetis.* Die Gewalt soll nach fr. 1. §. 3. *de Vi* eine *atrox* sein. Savigny a. a. O. S. 515. versteht diesen Beisatz als unmittelbar auf die Person des Besitzers oder seines Repräsentanten bezogen, so dass ihnen die Fortsetzung des Besitzes unmöglich werde; indessen berechtigt dazu §. 29. *eod.* doch nicht, s. auch fr. 1. 3. §. 1. *Quod metus causa*, s. Schilling Inst. Bd. II. S. 484. [1], sondern es ist vielmehr schon eine Drohung, welche *justum metum* zur Folge hat; s. noch fr. 3. §. 6. 7. *de Vi*, fr. 9. pr. *Quod metus causa*, fr. 33. §. 2. *de Usurpat.* und nach fr. 1. §. 24. fr. 3. §. 8. 13. 14. *de Vi* und c. 11. *ej. tit.* (wegen des Verhältnisses dieser letzteren zu den ersteren Stellen und des wirklichen oder scheinbaren Irrthums Justinian's s. Savigny S. 571. [1] und Geiger in der Zeitschrift Bd. XIII. S. 242.), ist sogar die Verhinderung des abwesend gewesenen Besitzers, wieder in den Besitz einzutreten, unter das *Int.* gestellt, und zwar ohne etwa beim Widerstand eine solche *vis* zu erfordern, indem es

ristischen oder blos natürlichen Besitz unbeweglicher oder beweglicher Sachen, oder von solchen Gerechtsamen, woran Quasibesitz möglich ist, irgend welcher Art

heisst: *talem possessorem* (Besitzergreifer) *uti praedonem intelligi;* s. auch Schilling a. a. O. S. 485. p). Ob ferner der Besitz des dejizirten Besitzers *vi*, *clam* oder *precario* gegen den Dejicienten angefangen habe, ist einerlei, §. 6. *I. de Interdict.* vergl. Savigny S. 541 ff. und Geiger S. 265 ff. Ob aber der Besitz desselben ein juristischer gewesen sein müsse, oder Detention hinreiche, (s. fr. 1. §. 9. 23. *de Vi*) ist gleich einer anderen Frage rücksichtlich des objektiven Umfangs des Interd. bestritten. Savigny nämlich, S. 523—35., betrachtet die c. 7. *Unde vi* (s. §. 28. Anm. 3) als eine allgemeine Ausdehnung des Interdikts auf Mobilien; dagegen spricht, dass diese Konstitution die Folgen der Selbsthülfe nicht vom juristischen Besitz abhängig macht, und dieselben im Vergleich zu denen der Selbsthülfe verschieden bestimmt; es haben daher auch die angesehensten Autoritäten sich hierin gegen Savigny erklärt, s. schon Thibaut im Archiv Bd. I. Nr. 7., dann Mühlenbruch §. 240. i) und Puchta §. 135. a), und vergl. auch Geiger a. a. O. S. 254 ff. Von praktischer Bedeutung würde übrigens dieser Streit, wie sich nachher weiter ergeben wird, nicht sein, wohl aber der erstgedachte. Thibaut nämlich, im Archiv Bd. XVIII. Nr. 7. bes. 360 ff. und wie vor ihm, so nach ihm Andere, s. bes. Geiger a. a. O. S. 247 ff. behaupten, dass das *Int. unde vi* auch dem Detentor zustehe, also juristischen Besitz nicht erfordere. Diese Behauptung findet ihre Stützen theils in einem dazu besonders zu konstruirenden Begriff der *possessio civilis*, theils in der Auslegung gewisser Stellen s. §. 42. Anm. 23 und 24; ich habe in der letzten Anm. von Nr. 1,—4, die Gründe entwickelt, aus welchen ich mich ebenfalls für diese Ansicht erklären muss. Was sonst noch an Detail der Lehre vom *Int. unde vi* dem R. R. angehört, kann für den Augenblick hier übergangen werden. Zu diesen römischen Bestimmungen sind nun die kanonisch-rechtlichen, auf welchen die *a. spolii* beruht, hinzugekommen; deren Charakter, Umfang und Einfluss ist es, welcher die ersteren in Frage stellt. In Erwägung, dass das deutsche Recht dem Inhaber einer Sache schlechthin, ohne Rücksicht auf seinen Titel oder die Rechtmässigkeit seines Besitzes, ein Klagrecht wegen verletzter Gewere verlieh, ingleichen für Grundgerechtsame, und vorzüglich einen schnellen Schutz wegen gewaltsamer Entsetzung daraus beabsichtigte, nimmt Mittermaier, der gem. deutsche Proz. 4. Beitrag, S. 287 ff. an, „diese letztere habe das kanon. R. als *spolium* erklärt, s. tit. X. *de Restitut. spoliator.* und *Durandi Specul. jur.* in dems. Titel, S. 148. Frankf. Ausg., und insbesondere den deutschen Satz aufgenommen: *spoliatus ante omnia restituendus est*, vorherrschend in Anwendung auf gewaltsame Entziehung des Genusses kirchlicher Pfründen, cap. 2. 5. *X. cit. tit.*, was denn auf Gerechtsame jeder Art, besonders die mit Grund und Boden zusammenhängenden zu beziehen und bezogen worden sei," S. 298. Unter diesen Bestimmungen sind besonders hervorzuheben: 1. die Zulässigkeit der Klage gegen den dritten Besitzer der Sache, aus deren Besitz Jemand entsetzt worden war, wenn er die Entstehung des Besitzes seines Auktors kannte, s. c. 18. X. cit. 2, dass, um die Spolienklage, oder das kanonische *remedium recuperandae possessionis* anzustellen, nicht gerade die für das *Int. unde vi* vorausgesetzte Gewalt erforderlich ist; s. c. 7. 8. *ej. tit.* s. Geiger a. a. O. S. 272 f. Indessen bedeutet *spoliare* stets eine positive Widerrechtlichkeit, eine Thätigkeit; ein blosses Passivverhalten ist ohnehin hier mit dem vorausgesetzten Erfolg nicht denkbar; vergl. Heerwart in der Zeitschrift Bd. XII. S. 320. (die Bedeutung des *spolium* als nicht gewaltsame Widerrechtlichkeit ist auch im Landfrieden von 1548. Tit. 5. und der K. G. O. von 1555. Thl. II. Tit. 8. angenommen). 3, Die seltsame Wirkung der *exceptio spolii*, s. nachher Anm. 51. 4, die Anwendung auf *res mobiles* ohne Unterschied, c. 3. *qu.* 1. c. 1—3. s. Geiger S. 280. 5, die Anwendung auf die *quasipossessio.* — Die Praxis ist nun über diese Bestimmungen in manchen Punkten noch hinausgegangen; so namentlich steht danach ganz fest, dass die *a. spolii* auch dem blossen Detentor zukomme; ja auch zu weit, wie heutzutage, um dies gleich hier zu erledigen, theils gar nicht mehr bezweifelt wird, theils nur in gewissen Anwendungen, so namentlich rücksichtlich der Ausdehnung der *quasipossessio*, s. Mittermaier a. a. O. S. 338. — Aber auch die Doktrin hat sich zu einem Ganzen aus diesen verschiedenartigen Sätzen bisher nicht verständigt, sondern es sind die Eingangs gedachten Gegensätze bis auf die neueste Zeit stehen geblieben.

durch irgend wen es sei, begründet für den entsetzten Besitzer oder Inhaber eine Forderung auf die Wiedereinräumung des entzogenen Besitzes oder Quasibesitzes

Sie haben sich einerseits so ausgesprochen, dass das *remedium spolii* nur als ein durch Misverständniss als selbstständiges Mittel betrachtetes *Int. unde vi* anzusehen sei, s. Savigny §. 50., oder dass es nur die deutsche Form des röm. *Int.* sei, s. Dunker in Reyscher's Zeitschrift S. 102.; andererseits dahin, dass die kanonischen Stellen nur deutsche Rechtsansichten sanktioniren, s. Mittermaier a. a. O. S. 302. und obwohl der Praxis später ein römisches *Int. recup. poss.* dabei vorgeschwebt habe, so lasse sich doch nicht verkennen, dass das kanon. R. durch Bestätigung der deutschen Ansicht ein eigenes schnelles Schutzmittel im Fall eines erlittenen Spoliums geben wolle, s. dens. S. 337. oder, jedoch mit einigem Schwanken zwischen der ersteren und zweiten Auffassung, dass wenigstens ein besonderes kanonisches *remedium recup. poss.* anzuerkennen sei, s. Geiger a. a. O. S. 271. 286. — Wenn es nun in diesem Streit zuvörderst darauf ankommt, sich für eine dieser Alternativen zu entscheiden, so vermag nach m. E. aller Aufwand Mittermaier's an deutschhistorischen Mitteln dennoch den Beweis nicht herzustellen, dass das kanonische Recht nur deutschrechtliche Elemente habe aufnehmen, und nicht vielmehr das römische habe ergänzen und vervollständigen wollen. Geht man die Bestimmungen der Titel *de Vi* durch, berücksichtigt man, wie das Rechtsmittel selbst mit *momenti*, oder *momentar. poss. actio* bezeichnet wurde, (s. *Jac. Gothofr. ad Cod. Th. II.* 1. 8.) wie c. 8. *ej. tit.* sagt: *momentar. poss. interdict. — mox audiri, etiam sine inscriptione, meretur*, wie auch dem Repräsentanten im Besitz für den Besitzer die Klage zu erheben freisteht, c. 1. *Si per vim*, (selbst Sklaven *persona standi in jud.* beigelegt wird!) und nimmt man die diesseits vertheidigte Ansicht, dass es auch dem *detentor* zustehe, hinzu, — worin liegt dann noch eine wesentliche Abweichung zwischen den römischen und germanischen Ansichten? Lagen ferner nicht die letzteren dem kanonischen Gesetzgeber viel ferner als die ersteren? Finden sich nun auch, s. namentlich c. 5. 7. und 18. *X. cit. tit.*, ganz bestimmte Hinweisungen auf das R. R. (wobei nur bezüglich des letzten zu bemerken ist, dass darin nicht, wie Mittermaier S. 292. will, die Absicht ausgesprochen worden, dem R. R. überhaupt nicht, sondern nur in einer gewissen Beschränkung nicht mehr zu folgen) und zwar unter ganz allgemeiner Voraussetzung der Gültigkeit der betreffenden Lehre, ist ferner in c. 15. *eod.* das *Int. unde vi* als die Klage, von der die Rede sein könne, genannt, so weiss ich in der That nicht, mit welchem Recht man, wenn man, wie Geiger S. 286. anerkennt, „dass die ganze kanonische R.-Lehre hierin auf dem römischen R. basirt sei, und dass das letztere nicht minder die Wiedererlangung des verlorenen Besitzes als Hauptzweck zum Augenmerk habe,“ sich zu der Ansicht bestimmen kann, dass jene demungeachtet ein neues *remedium recup. poss.* geschaffen habe, während doch im kanon. R. nicht einmal der Ausdruck *a. spolii* vorkommt? Mögen die Abweichungen also noch so weit reichende „Erweiterungen“ enthalten, so genügt ja dieser Begriff an sich schon, um das *Int. unde vi* aufrecht zu erhalten. Doch nicht auf Worte soll es mir hier ankommen, aber welcher Erweiterungen wäre denn das *Int.* wirklich nicht fähig gewesen, ohne seine Eigenthümlichkeit und seinen Charakter abzustreifen? Stellen wir zu dem Ende die des reinen *Int. unde vi* und der *a. spolii* gegen einander. Das erste setzt voraus: 1, verlorenen Besitz; ob juristischen, oder nur Detention, ist, wie mehrgedacht, schon nach R. R. streitig und nach m. E. letzteres zu bejahen. 2, Gewalt, und zwar: 3, verübt vom Verklagten selbst oder auf seine Veranlassung; 4, eine unbewegliche oder auch darin befindliche bewegliche Sachen; ob andere bewegliche schlechthin, ist ebenfalls bestritten, s. oben. Endlich kommt 5, auf Fehlerlosigkeit des entzogenen Besitzes nichts an. Steht dagegen die *a. spolii* 1, nicht nur dem juristischen spoliirten Besitzer, sondern jedem Detentor zu, 2, rücksichtlich unbeweglicher wie beweglicher Sachen ohne Unterschied, so bleiben nur die drei Eigenschaften, dass sie nicht nur wegen Gewalt im Sinn des R. R., sondern wegen Widerrechtlichkeit bei Entziehung des Besitzes überhaupt, gegen den dritten Besitzer, welcher den Ursprung des Besitzes seines Auktors kennt, und wegen verlorener *quasipossessio* erhoben werden kann, als vermeintlich fremdartige übrig. Aber auch diese muss ich als solche leugnen, welche nach den im R. R. selbst bereits geschehenen, offenbar mit dem Bedürfniss fortgeschrittenen, Erweiterungen nicht ebenfalls

sammt allem Zubehör, Früchten und sonstigen entzogenen Vortheilen, oder auf die Leistung des Werths dafür, beziehungsweise auf die Wiederherstellung der vorigen

schon möglich gewesen wären. Denn soviel das erste Moment anlangt, so ist ja selbst schon in fr. 1. §. 24. fr. 3. §. 13. 14. und c. 11. *Unde vi* (s. oben) das Erforderniss der Gewalt gegen die Person wenigstens in einer Anwendung verlassen worden, wo nicht von *vis* in dem sonstigen Sinn des Edikts, sondern nur von Widerrechtlichkeit die Rede sein kann. Das zweite Moment ferner ist in fr. 3. §. 10. *Uti possidetis* ausdrücklich zur Sprache gebracht, (vielleicht dass sich hier eine stillschweigende Ratihabition erkennen liesse, s. fr. 1. §. 14. *de Vi*, und vergl. Geiger S. 260.) zwar verneint, allein es erhellt doch zugleich, dass sich bis dahin der Gesichtskreis wenigstens schon für eine Frage eröffnet hatte, und deren ausdrückliche Verneinung für nöthig erachtet wurde. Die Ausdehnung auf die *quasipossessio* endlich, und zwar bezüglich von Rechten an Sachen und deutschrechtlichen Gerechtsamen jeder Art (nicht wegen Reallasten, s. Heerwart in der Ztschrft. Bd. XII. S. 320.), ist nur die Erweiterung eines für *Int. retinendae poss.* ebenfalls schon im R. R. anerkannten Besitzschutzes auf das *remed. recuperandae poss.* S. übrigens fr. 3. §. 13. 14. *de Vi* coll. pr. *I. de Interdict.* (Hierin möchte Geiger a. a. O. S. 253. zu weit gehen.) Ich muss daher durchaus verneinen, dass sich diese Erweiterungen nicht als Entwickelungen vom wissenschaftlichen Standpunkt aus würden halten und vertheidigen lassen. Aber gesetzt auch, dies wäre nicht möglich und dennoch eine solche geschehen, so würde das so wenig ändern, als wenn Savigny a. a. O. S. 571. schon die Erweiterung der c. 11. *d.*, (wenn diese erst eine solche enthält, s. oben) für inkonsequent hält. In Betreff der Ansicht desselben in §. 50. a. E. überhaupt füge ich nur noch hinzu, dass, wenn er manche Ausdehnungen der Praxis als Fortbildung des *Int. unde vi* wegen Mangels an Konsequenz und Analogie abweist, so die auf den Detentor, ich diesen Mangel theils leugnen, und diese Ausdehnung sogar als schon römische vertheidigen, theils in Betreff mehrerer bemerken muss, dass mir nicht bekannt ist, dass sie noch jetzt und seit längerer Zeit schon noch irgend Jemand vertheidigt habe, so z. B. die Zuständigkeit der *a. spolii* wider jeden Besitzer, also, wie eine in *rem a.* (vergl. auch Geiger a. a. O. S. 281.) und auf eine solche Weise, dass danach die Elemente der *actiones retinendae* und *recuperandae poss.* völlig unter einander geworfen worden wären. Rücksichtlich der Anwendung auf *jura* jeder Art bemerke ich endlich noch, dass ich zwar ganz mit Savigny übereinstimme, dass darunter alle römische, deutschrechtliche, kirchenrechtliche u. s. w. zu verstehen sind, soweit an ihnen Quasibesitz als möglich anzuerkennen ist, also auch die Prädialservituten, auf welche das *Int. Uti poss.* nicht passt, und für welche keine besonderen Interdikte gegeben sind, s. §. 65. a. E. und Anm. [46], dass ich jedoch von der *a. spolii* in dieser Anwendung eine allgemeine Quasibesitzklage zum Schutz (*retinendae*) von Servituten ohne Unterschied annehmen zu müssen glaube, s. ebendas. Uebrigens wird dieser Unterschied praktisch nicht weiter hervortreten, da eine Spolienklage in dieser Richtung mindestens immer des Inhalts sein muss, dass die von mir behauptete Quasibesitzklage in der That darin enthalten wäre, welche Savigny also hier aus dem schon in der angef. Anm. gedachten Grunde geradezu als Spolienklage auffasst. — Einer besonderen Berücksichtigung bedarf endlich die Verjährung der Klage. Nach R. R., fr. 1. pr. §. 39. *huj. tit.*, ist das *Int. unde vi*, wie andere Pönalklagen, einjährig, und *in id, quod ad dejicientem pervenit, perpetuum*, s. fr. 7. §. 5. *Comm. div.* Eine Ausnahme für einen besonderen Fall erkennt c. 1. *Si per vim* an, c. 11. *Unde vi*, welche eine solche zu enthalten scheint, ist davon zu erklären, dass der Verklagte hier noch im Besitz gewesen ist. Vergl. Savigny S. 570 f. Diese Bestimmungen würden sich hier nun nach dem allgemeinen Grundsatz in Anm. [1] 1, erledigen. Allein sie sind dennoch, wie es scheint, die Veranlassung geworden, auch für die dermalige Gestalt des *Int.* in der *a. spolii* Zweifel zu erregen, s. Mittermaier a. a. O. S. 340. [36] und die dort Gen., Kori sächs. summar. Proz. S. 247. und die dort Anm. [3] Gen. und Geiger a. a. O. S. 284., welcher letztere sich für die Fortdauer der römischen Bestimmungen erklärt, während die beiden ersteren nur auf c. 5. *X. de Restit. spoliat.* und c. 2. *X. de Ord. cogn.* verweisen, ohne sich weiter zu erklären; aus diesen Stellen aber ist kein sicherer Anhalt zu entnehmen. Böhmer *J. E. P. Lib. II. tit.* 13. §. 13. widerlegt den Grund, welchen Manche aus dem Kan. *Redintegranda* haben entnehmen wollen, die Klage für eine *perpetua* zu erklären,

Sachlage und auf vollständigen Ersatz des dabei und dadurch erlittenen Schadens. Die Gewalt kann sich äussern sowohl in wirklichem Austreiben aus dem Besitz, als durch Bemächtigung desselben bei Abwesenheit des Besitzers und Verhinderung seines Wiedereintritts in denselben, und zwar sowohl gegen den Besitzer selbst, als gegen die Personen, welche ihn darin vertreten. Die Widerrechtlichkeit kann sich in jeder Form des Dolus äussern. Aus der Obligation der widerrechtlichen Besitzentsetzung, deren Entstehung dadurch nicht gehindert wird, wenn der Besitz dem Gewaltthätigen gegenüber kein fehlerfreier ist, erscheinen als Schuldner, und es können also mit der Klage daraus, d. i. der sogenannten Spolienklage, belangt werden: der unmittelbare wie der mittelbare Urheber der Besitzentsetzung, sowie auch der dritte Besitzer des widerrechtlich dem Besitz entzogenen Gegenstands, der die Entstehung des Besitzes seines Vorgängers aus solchem Ursprung kennt. Diese Obligation hat eine ganz eigenthümliche Wirkung wider den Thäter in der Form der Exception (spolii) daraus; wird nämlich der aus dem Besitz Entsetzte von dem letzteren wegen irgend eines, gleichviel welchen, Gegenstands, nur freilich nicht etwa selbst aus einer Besitzentsetzung derselben Sache, verklagt, so kann er, ohne irgend einen Zusammenhang oder sonstigen Bezug zwischen demselben und dem Inhalt der gedachten Obligation, davon Gelegenheit nehmen, dem Kläger einen Einwand entgegenzustellen, welcher, wenn darüber binnen funfzehn Tagen der Beweis angetreten wird, die prozesshindernde Kraft hat, dass der Verklagte sich auf die wider ihn erhobene Klage nicht eher einzulassen braucht, bis ihm solchergestalt Genugthuung geworden ist, als hätte er selbst seine eigene Forderung klagend geltend gemacht[49].

3. Gewalt durch Drohung und demnach erregte Furcht[50], welche den hierdurch Gezwungenen zu Handlungen oder zu einem Leiden bewogen hat, die ihm Vermögensnachtheile gebracht haben[51], begründet zwischen ihm und dem Thäter eine

er führt aber ein Urtheil an, welches dieselbe Ansicht als gemeine nennt, und sie darauf stützt, dass die Klage *mere rei persecutoria* sei. *Berger Electa discept. for.* p. 1784. und Kori a. a. O. bezeugen die Praxis des O.-A.-Gerichts in Dresden damit als übereinstimmend. Ich muss bekennen, dass ich in Ermangelung einer besonderen neueren Bestimmung für die kurze Dauer der *a. spolii* nicht den entferntesten Grund sehe, warum hier nicht dieselbe Auffassung des Verhältnisses Platz ergreifen solle, welche die allgemeine und allein richtige sein würde, wenn zum *Int. unde vi* die neueren Bestimmungen gar nicht hinzugekommen wären. — Ueber die Spolienklage hat sich neuerlich ausführlich verbreitet Delbrück die dingl. Klage des deutschen Rechts, S. 147 ff., und einen Beweis praktischer Aufrechterhaltung der letzteren in ersterer gefunden; s. darüber Bd. I. §. 46. Anm. 24.

49 Die *exc. spolii* ist begründet in c. 2. 4. *X. de Ordine cognit.* und c. 1. *de Restit. spoliator.* Die Ausnahme in der letzten Stelle, *ut rerum privatar. spoliatio agenti super ecclesiasticis, vel e contrario nullatenus opponatur*, kann der Anm. überwiesen bleiben. Wegen des Beweises derselben und sonstiger Eigenthümlichkeiten gehört das Weitere in den Prozess, s. Gensler Komm. zu Martin's Lehrb. §. 145. Berger und Geiger a. a. O. S. 287 ff. 290. Betreffen Klage und Exception denselben Gegenstand, so ist die letztere als dilatorische, wie sie das kanonische R. allein auffasst, undenkbar, als zerstörliche aber schon nach §. 6. *I. de Interd.* ausgeschlossen, womit das kanon. R. natürlich übereinstimmt, s. Geiger S. 288. Im entgegengesetzten, zur *exc. spolii* also geeigneten Fall kann sie auch als Rekonvention angebracht, und dann beide Sachen gleichzeitig verhandelt werden; c. 4. *X. de Ordine cogn.*

50 S. fr. 1—9. pr. §. 2. *Quod metus*, vgl. §. 22. I. Nach diesem §. 2. sind auch erzwungene Selbstbeschädigungen Gegenstand der *a. quod metus caussa*, so dass allerdings hier nicht blos erzwungene Veränderungen durch erzwungene Handlungen von rechtlicher Bedeutung in Betracht kommen; vergl. Unterholzner a. a. O. S. 704 a).

51 Gewalt der hier gemeinten Art ist stets sog. *compulsiva*, s. §. 22. I. Glück Komm. Bd.

Obligation, vermöge deren der letztere zur vollständigen Wiederherstellung des vorherigen Zustands und zum Ersatz alles und jedes Schadens verpflichtet wird; ist also eine Sache gewaltsam abgenöthigt worden, so muss sie unversehrt und mit allem Zubehör und Früchten zurückgegeben, abgedrungene Verpflichtungen oder Dienstbarkeiten müssen wieder aufgegeben, und Verzichte oder Entsagungen rückgängig gemacht werden, u. s. w.[52]. Diese Obligation hat das Eigenthümliche, dass sie sowohl klagend, als, wenn die Umstände so geeigenschaftet sind, exceptionsweise, wider jeden Dritten geltend gemacht werden kann, welcher von der ausgeübten Gewalt, wenn auch nur mittelbar, einen Vortheil gehabt[53], wie z. B. gegen den Hauptschuldner, wenn der Bürge dem Gläubiger gewaltsam eine Quittung abgedrungen hat, oder an welchen der abgenöthigte Gegenstand gelangt ist[54]. Daher befreit der zufällige Untergang der abgenöthigten Sache den dritten Besitzer derselben von einer desfallsigen Verpflichtung nicht, wenn er sie veräussert und dadurch etwas dafür erhalten oder sie verbraucht hat, sondern er haftet auf den Betrag und zu veranschlagenden Werth davon[55]; wusste er aber um den von seinem Gewährsmann ausgeübten Zwang, so haftet er auch nach Untergang der Sache gleich die-

V. S. 490 ff. meint zwar, dass auch sog. *ablativa*, *expulsiva* oder *turbativa* dazu geeignet sei, wie die in fr. 9. pr. *d.* erwähnte Konkurrenz mit dem *Int. Unde vi* und *Quod vi* ergebe, allein in dieser Stelle ist immer *metus* vorausgesetzt und ausdrücklich hervorgehoben (*v. scilicet etc.*), wenn die *a. quod metus caussa* zulässig sein soll, so dass die Konkurrenz nichts der Art beweist, sondern umgekehrt nur, dass diese *Int.* auch für dieselben Fälle wie jene anwendbar seien. S. auch Göschen Vorles. §. 599. z. A. und Unterholzner Bd. II. S. 83., nur nehmen diese aus dem Erforderniss des *gestum esse* in fr. 1. pr. *h. t.* ein Beweisargument, welches nach der Erklärung dieser Worte in fr. 9. §. 1. *h. t.* nicht existirt, und der letztere (vielleicht auch der erstere) erfordert sogar, und versteht dann fr. 9. §. 3. *d.* davon, dass das Passivverhalten des Gezwungenen als ein erzwungenes Geschäft müsse aufgefasst werden können, widrigenfalls die erzwungene Unthätigkeit unter einen anderen Gesichtspunkt trete. Allein das *metu pati id te facere* ist von der Art gedacht, dass auch soll das *Int. Quod vi* Statt finden können, also doch wohl nicht an ein Geschäft gedacht? Daher scheint mir das Kriterium eben nur im *metus* als Motiv zu beruhen, im Gegensatz zur Ueberwältigung durch absoluten Zwang, und da sich aus den Wirkungen beider oft nicht leicht oder gar nicht die Ursachen erkennen und unterscheiden lassen, so scheint mir eben dadurch die Konkurrenz der Rechtsmittel nicht nur erklärt, sondern nothwendig bedingt. Da nun ohnehin die Auslegung einer erzwungenen Unthätigkeit als eines Verzichts oder sonst dergl. in der Regel nur eine erkünstelte wird sein können, so halte ich die Auffassung der Sache im Text für die richtige. Praktisch kann übrigens der Unterschied in civilrechtlichen Folgen nicht hervortreten. — Dass ein Vermögensnachtheil eingetreten sein müsse, bezeugen fr. 12. §. 2. und fr. 14. pr. *h. t.* S. noch §. 98. Anm. 5.

52 Fr. 9. §. 3. (4.) 5. 7. fr. 10. §. 1. fr. 12. pr. *eod.* fr. 18. pr. *de Dolo* (hier ist auch das *juram. in lit.* als statthaft ausdrücklich bezeugt), fr. 38. §. 6. *de Usuris.* Es kann auch da schon *a. quod metus caussa* angestellt werden, wo man es auf die Klage andererseits ankommen lassen und sich mit der *exc.* schützen könnte, fr. 9. §. 3. *Quod metus caussa.*

53 Puchta §. 385. a. E. betrachtet die *exc. spolii* als erweiterte *exc. quod metus caussa*, so dass diese jetzt unter jenen Begriff falle; allein diese (gegen Civilklagen gedacht) ist von ersterer, ganz abgesehen von der Begründung und der objektiven Richtung beider Exc., zwiefach so wesentlich verschieden, dass von einer Erweiterung und Verwandtschaft nicht die Rede sein kann. Die *exc. spolii* geht nur gegen den *spoliator*, aber ohne Beschränkung der wider ihn erhobenen Klage; die *exc. metus* wider Jemanden, wer in den Fall kommt, die durch *metus* erzwungene Thatsache wider den Gezwungenen geltend zu machen; also ist jene subjektiv enger und objektiv weiter als die letztere. Vgl. Bruns Recht d. Besitzes, §. 16—18.

54 Fr. 9. §. 3. (4.) 8. fr. 10. pr. fr. 14. §. 3. 5. *Quod metus*, fr. 4. §. 33. *de Doli exc.*, daher wird die Klage wie die *exc. in rem scripta* genannt, vergl. §. 29. II. a. 1., s. noch §. 98. Anm. 5.

55 Fr. 14. §. 5. fr. 18. 17. in f. *eod.*

sem, also unabhängig von einem noch fortdauernden Gewinn[56]. Wenn übrigens ein Geschäft auf diese Weise rückgängig wird, woraus der, welcher den Zwang angewendet hat, eine Gegenleistung gegeben hat, so muss ihm diese auch, soweit er seinerseits vollständigen Ersatz leistet, zurückgewährt werden[57].

4. Die Veränderung[58] des dermaligen Zustands und der gegenwärtigen Beschaffenheit von Grundstücken, sei es am Boden selbst, oder an seinen organischen, oder mit ihm in feste Verbindung gebrachten, seine Oberfläche bildenden, oder dazu gehörigen Bestandtheilen, an Bäumen, Sträuchern u. s. w., oder an darauf befindlichen Wässern und Bauten kann sowohl eine Verletzung der rechtlichen Beziehungen Anderer zu diesen Grundstücken enthalten, seien es ihnen, oder Dritten, oder denen gehörige, von welchen diese Veränderung ausgeht, als auch eine Verletzung

[56] Fr. 14. §. 5. *eod.* c. 1. *de His quae vi*, ausgenommen, wenn die Sache bei dem, *qui vim passus est*, auch zu Grunde gegangen wäre, s. fr. 14. §. 11. in f. *h. t.*

[57] C. 3. 4. *de His quae vi.* c. 11. *eod.*; welche im Fall des Amtsmisbrauchs von Beamten zu solchen Zwecken diesen die Rückleistung entzieht, wird nicht für unpraktisch gehalten werden können.

[58] Fr. 1. §. 4. *Quod vi aut clam* (fortan in dieser Anm. *h. t.* citirt). *Hoc interd. ad ea sola opera pertinet, quaecunque in solo vi aut clam fiunt;* (s. fr. 10. 20. §. 4. *eod.*) es ist also vorausgesetzt, dass etwas diesen selbst Betreffendes vorgenommen werde; als nähere Erläuterungen dazu dienen folgende Stellen mit den in ihnen enthaltenen Beispielen: fr. 7. §. 5. *h. t. qui fructus tangit, — nullum opus in solo facit, — at qui arbores succidit — qui arundinem, et qui salictum, terrae enim et quodammodo solo ipsi corrumpendo manus infert. Idem et in vineis succisis, — et si quid circa arbores fiat, non tamen si quid circa fructum arborum; —* fr. 11. pr. *qui in puteum vicini aliquid effuderit, ut hoc facto aquam corrumperet — hoc int. teneri.* (Die *fructus*, welche hier offenbar als *pendentes* gemeint sind, bilden übrigens, obwohl sie also gleich den Bäumen u. s. w. organische Bestandtheile sind, doch keine Ausnahme, sondern deren Verletzung oder Entfremdung tritt darum unter einen anderen Gesichtspunkt, weil dadurch nicht das Grundstück selbst eine nachtheilige Veränderung erleidet.) Fr. 7. §. 8. *fossam facere*, fr. 22. §. 1. fr. 9. §. 3. *si quis araverit*, (natürlich zum Nachtheil des Grundstücks) fr. 7. §. 6. *acervum stercoris circa agrum pinguem disjecerit*, fr. 15. §. 1. *lapides in vicini praedium jecit;* fr. 7. §. 4. 9. Gebäude einreissen; Abreissen daran befestigter Gegenstände, Statuen u. s. w., fr. 9. §. 2. fr. 7. §. 10. fr. 9. pr. das Dach abdecken, fr. 22. §. 4. Hineinbauen von Erkern u. s. w. in des Anderen Luftsäule; fr. ult. §. 3. Veränderung der Oberfläche im Allgemeinen, fr. 18. pr. *h. t.* nicht schlagbare Wälder hauen. — In den Lehrbüchern der Pandekten findet sich in der hier behandelten Reihe von Obl. an Stelle der obigen Darstellung die reine römische Lehre vom *Int. Quod vi aut clam;* s. Dig. Lib. 43. tit. 24. Das Wesentliche derselben besteht im Folgenden. Wenn eine solche, wie die vorgedachten Veränderungen, von Seiten Jemands zu besorgen oder bereits begonnen ist, und irgend Einer, welcher dabei interessirt ist, dass sie unterbleibe, ein Verbot erlässt (s. fr. 1. §. 5. 7. 9. *h. t.* fr. 27. §. 3. *de R. J.*), so wird eine demungeachtet geschehene Fortsetzung als gewaltsam geschehen, und wenn zwar kein Verbot der Art erfolgt ist, der Thäter aber zur Abwendung eines zu erwartenden Verbots mit Verheimlichung vor dem, von welchem es zu besorgen stand, zu Werke gegangen, die Veränderung als heimlich geschehen betrachtet, (fr. 3. §. 7. — fr. 5. §. 4. 5. *h. t.* nach fr. 15. §. 11. *h. t.* macht dabei *culpa levis* verantwortlich) und es entspringt aus der so geeigenschafteten Handlung eine Forderung (das *Interd.*) auf Wiederherstellung des vorigen Zustands, oder Ersatz dafür, sowie alles dadurch entstandenen Schadens für den Besitzer, der nicht Thäter ist, jedoch nur auf *pati tolli;* fr. 1. pr. §. 1. fr. 7. pr. 14. 15. pr. §. 1. 7. 8. 9. fr. 16. §. 2. fr. 21. §. 3. fr. 11. §. 4. *h. t.* Mehrere Thäter haften *in solidum*, fr. 6. 15. §. 2. *h. t.* Ob der, welcher *vi aut clam fecit*, ein Recht dazu gehabt hat, ist hierbei ganz gleichgültig, fr. 1. §. 1—3. *h. t.*, die *vis* oder das *clam factum* an sich ist schon hinreichender Grund zur Entstehung der Obl. Hätte er freilich ein Recht schon durchgesetzt, so ist weiterer Widerspruch dagegen unwirksam, *arg.* fr. 3. §. 8. *de Rivis* (vergl. noch Francke im Archiv Bd. 22. S. 365 f. 369.). Ebenso genügt das In-

des Besitzzustands. Die erstere tritt hier nicht weiter in Betracht; kann oder will der, welcher sich eine solche Veränderung nicht gefallen lassen will, die Sache nur von der Seite auffassen, dass in ein ihm an dem Grund und Boden zuständiges oder darauf bezügliches Recht eingegriffen sei, so hat er die den Schutz desselben bezweckenden Rechtsmittel geltend zu machen. Hierdurch wird dann aber der Gegner weder behindert, in seinem Beginnen fortzufahren, noch genöthigt, sofort den früheren Zustand bis zur ausgemachten Sache wiederherzustellen, und es bis dahin dabei bewenden zu lassen, sondern ob dieser Zweck erreicht werden wird, kann erst der Ausfall des angestellten petitorischen Prozesses ergeben. Die hierdurch möglicherweise gefährdeten, und, selbst wenn der Prozess gewonnen werden sollte, durch den dazu erforderlichen Zeitverlust oft unersetzlich bedrohten Interessen der Be-

teresse irgend einer Person, um ihrem Verbot oder der von ihr geschehenen Verheimlichung jene Wirkung beizulegen. Vor allen natürlich ist der Eigenthümer des bedrohten Grundstücks dazu ermächtigt, s. die z. A. dieser Anm. cit. Stellen, s. auch fr. 13. §. 2. *de Usufr.* und fr. 5. §. 10. *de O. N. N.* Dem Eigenthümer gleich steht der, wer *sub pacto addict. in diem* gekauft hat, und jetzt Besitzer ist, fr. 11. §. 10. *h. t.* fr. 4. §. 4. *de In diem addict.* und der, welcher künftig eine *hereditas jacens* antritt, fr. 13. §. 5. *h. t.* Bei geschehenem Verkauf steht bis zur Uebergabe dem Verkäufer das Eigenthum und also das Rechtsmittel zu, der Käufer kann aber dessen Cession verlangen, fr. 11. §. 9—13. *h. t.* fr. 13. §. 12. *de A. E.*, s. noch §. 55.[14], und wegen zuständigen Begräbnissrechts fr. 11. §. 2. *h. t.* Demnächst der besitzende Pfandgläubiger, s. §. 79. II. 4., der Niessbraucher und Pächter, fr. 11. §. 12. fr. 12. 13. pr. 19. *h. t.*, der Käufer trennbarer Bestandtheile von dem Grundstück eines Anderen, oder der, wem sonst das Recht, sie an sich zu nehmen eingeräumt ist, fr. 13. §. 4. *h. t.* und wem ein Precarium an fremdem Boden zugestanden ist, fr. 11. §. 12. *h. t.* Allein es ist eine besondere rechtliche Beziehung zum Grund und Boden, welche zu dem Verbot ein Recht verleiht, so dass es auf dieses ankäme, überhaupt nicht erforderlich, sondern nur ein Interesse an der geschehenen Veränderung, fr. 11. §. ult. *h. t.* Das Verbot bedarf keiner besonderen Form, fr. 20. §. 1. *h. t.*, der *jactus lapilli* war nur eine symbolische Bezeichnung desselben, s. fr. 1. §. 6. *h. t.* (vergl. Göschen Vorles. §. 618. z. A. 3.), auch kann das Verbot in Vertretung Anderer geschehen, fr. 3. pr. 17. *h. t.* Uebrigens vererbt sich das Verbot nicht, und geht auch nicht auf den Singularnachfolger über, *si ignorans caussam praecedentem fecerit*, fr. 20. §. 2. *h. t.* Fr. 13. §. 5. ergiebt an dem Beispiel eines *clam facere* wider eine *hereditas jacens*, dass es nicht nothwendig ist, dass überhaupt eine bestimmte Person schon vorhanden sei, welche das Verbot erlassen könnte, vor welcher also wirklich etwas verheimlicht würde; sobald nachher Jemand als Erbe auftritt, erwirbt er auch rückwärts die Erbschaft, und so alle dieser erwachsene Rechte. Wer eine solche, wie die hier vorauszusetzende Veränderung gegen eine *hereditas jacens* vornehmen will, hat also m. a. W. Rücksicht darauf zu nehmen, ob, wenn sie schon Jemand angetreten hätte, dieser sie gestatten würde. Um den Folgen der Verheimlichung zu entgehen, kann man sich der Anzeige an den Betheiligten von dem Vorhaben bedienen (s. die vorher cit. fr. 3. §. 7. und ff.). Hat keine Verheimlichung und kein Verbot Statt gefunden, oder ist ausdrücklich Erlaubniss ertheilt worden (fr. 3. §. 2. *h. t.*), so fehlt es an einem wesentlichen Moment zur Entstehung der Obl. (Indessen kann in einem Schweigen der Art nicht etwa ohne andere hinzukommende Umstände eine stillschweigende Erlaubniss mit dem Erfolg gefunden werden, dass ein Sachenrecht solle beeinträchtigt werden dürfen, s. fr. 28. *Communi divid.* Wäre diese stillschweigend oder ausdrücklich als geschehen anzunehmen, so würde nämlich darin je nach Umständen eine Veräusserung oder ein Verzicht enthalten sein können.) Ich bemerke endlich noch, dass gewöhnlich unter Bezug auf fr. 7. §. 7. und fr. 18. pr. *h. t.* in deren ersterem die Klage abgesprochen wird, *si quid agri colendi caussa factum sit*, und in dem letzteren dann, *si maturam silvam caeduam ceciderit quis*, — ausdrücklich das Erforderniss aufgestellt wird, dass durch die Veränderung ein Schade gestiftet worden sein müsse. Dies kann Missverständnisse erregen. Einmal versteht es sich nach allgemeinen Grundsätzen von selbst, dass der Kläger in seinen Interessen verletzt worden sein müsse, und sich eine Forderung berechnen

theiligten haben jedoch auf geeignete Rechtsmittel Bedacht nehmen lassen, welche jenen Zweck augenblicklich, oder doch in möglichster Kürze erreichen. Zwar genügt hierzu ein blosses Verbot oder ein Einspruch des Bedrohten an seinen Gegner nicht (soweit nicht die Umstände Selbstvertheidigung gestatten und hierdurch dem Verbot erfolgreicher Nachdruck gegeben werden kann, s. §. 28. I., womit der Fall in ein ganz anderes Gebiet versetzt werden würde), um diesen zum Einhalten zu nöthigen, und für die Folgen seines Zuwiderhandelns verantwortlich zu machen, sondern es würde auch dann erst immer noch auf sein Recht dazu je nach der Entscheidung im späteren Prozess ankommen. Dagegen aber stehen ihm nicht nur, in sofern eine Veränderung der fraglichen Art in den zwischen ihm und Dem, welcher sie unternimmt, bestehenden Besitzstand störend eingreift, und sich jener an das

lasse; auf der anderen Seite aber geräth man mit der ausdrücklichen Aufstellung des Erfordernisses in concreto hier viel zu weit; wer Jemands wohlgepflegten nur *amoenitatis caussa* angelegten Rasenplatz, dessen Erhaltung ihm vielleicht durch künstliche Wasserleitungen u. s. w. jährlich eine beträchtliche Summe kostet, umgraben und mit Kartoffeln bestecken lässt, thut diesem keinen Eintrag an seinem Vermögen, dennoch aber ist das *Int. quod vi* begründet, fr. ult. §. 3. fr. 16. §. 1. *h. t.* Hier ist die *affectio* ein hinreichender Grund, um die Herstellung des vorigen Zustands zu verlangen, und die Kosten dafür sind Inhalt der Forderung. Es ist daher denn auch in der ersten der beiden cit. Stellen noch ausdrücklich erfordert, *si melior caussa facta sit agri*, und in der zweiten, *neque damno affectus sit dominus.* Es muss also m. a. W. der Kläger gar kein Interesse an dem Unterbleiben der Handlung gehabt haben, um abgewiesen werden zu können. — Ist nun das Verbot unter Umständen, wo es wirksam ist, zur Anwendung gebracht, so hat dadurch sich der, welcher es erlässt, zugleich im Besitz geschützt, und der Gegner ist in die Nothwendigkeit versetzt, sein Recht, wenn er ein solches hat, die Veränderung vorzunehmen, im Weg Rechtens durchzusetzen, indem er sich durch Nichtberücksichtigung des Verbots dem *Int. Quod vi* aussetzt, s. fr. 5. §. 10. *de O. N. N.* — Diese Lehre hat unverkennbar sehr viel Befremdendes. Indem sie Jedem gestattet, wer ein Interesse an jeder wider irgend ein Verbot geschehenen Veränderung hat, sie zu verbieten, hätte auch der Handelnde ein Recht gehabt, giebt sie die Ausübung der umfassendsten Rechte, namentlich des Eigenthums, der willkührlichen Laune eines Anderen Preis und nöthigt den Berechtigten zu einem Prozess, anstatt dem, welcher Widerspruch gegen eine aus dem vielleicht gar nicht bestrittenen Recht an sich folgende Aeusserung erhebt, den Grund dazu rechtlich durchzuführen zu überlassen. Diese Doktrin ist so allgemein, zuletzt ist sie von Hasse im Rh. Mus. Bd. IV. S. 1 ff. ausdrücklich vertreten worden, dass sich nur bei wenigen eine Modifikation des Interesses durch die Beschränkung auf zuständige dingliche oder persönliche Ansprüche findet, s. z. B. Wening §. 317. (§. 281.), während aber Unterholzner a. a. O. S. 183. c) die letztere ausdrücklich in Abrede stellt. Durchdrungen von der Ueberzeugung, dass diese Doktrin nicht haltbar sei, hat Francke a. a. O. S. 350 ff. 359 ff. behauptet und zu beweisen gesucht, dass sie einen Hauptpunkt nicht sowohl in einer ihr günstigen Weise betrachtet, als vielmehr ganz ausser Acht gelassen, also stillschweigend als unwesentlich bei Seite geschoben habe, nämlich, das Recht des Widersprechenden zum Widerspruch; was schon Hagemann in s. Landwirthsch.-R. §. 426 ff. ohne Weiteres voraussetzt; s. auch Wiederhold a. a. O. S. 73 ff. „Die der gewöhnlichen Doktrin zu Grunde gelegten Stellen, wie fr. 15. §. 7. 12. fr. 16. pr. fr. 1. §. 2. *h. t.* u. s. w., müssen daher noch auf anderen Voraussetzungen beruhen. Es sei m. a. W. nicht jede Veränderung von Seiten eines dazu Berechtigten, z. B. des Eigenthümers auf seinem Grund und Boden, welche gegen das Verbot eines Dritten geschieht, eine den Begriff der *vis* und *injuria* herstellende Eigenmacht, sondern es komme auf eine Legitimation dazu, d. i. ein Recht des Verbietenden an; dieses aber müsse durch die verbotene Handlung verletzt werden. Es sei daher, um die Voraussetzungen der Statthaftigkeit des *Int. Quod vi*, oder m. a. W. der Wirksamkeit eines Verbots beurtheilen zu können, zu unterscheiden, ob Jemand die Veränderung *in suo* oder *in alieno solo* mache; nur auf den zweiten Fall beziehe sich die obgedachte Doktrin, im ersteren aber

Verbot nicht kehrt, je nach den Umständen die verschiedenen possessorischen Rechtsmittel zu Gebote (s. §. 46. und §. 65. III.), unter denen namentlich die Form des Possessorium summariissimum einen raschen Schutz des dermaligen Zustands gegen Neuerungen zu gewähren geeignet ist, sondern es ist ein solcher Schutz auch noch vom Recht auf andere und energischere Weise zwiefach dargeboten. Um nämlich: a. in Fällen der vorher vorausgesetzten Art den dermaligen thatsächlichen Zustand aufrecht zu erhalten, ist Derjenige, dessen Interesse durch die Veränderung bedroht wird, sobald er vorläufig wenigstens im Besitz oder Quasibesitz desselben befindlich erscheint, oder doch Der, welcher die Veränderung vornehmen will, nicht diesen für sich hat, oder zu haben scheint, befugt, einen Antrag auf eine provisorische Inhibition, d. i. ein richterliches Verbot, bei Gericht anzubringen, dass vorläufig und

hindere den, der die Veränderung vornehmen will, ein Verbot nur dann, damit fortzufahren, wenn dazu ein *jus prohibendi* bestehe." Es ist nicht zu leugnen, dass, wenn sich dies aus den Quellen beweisen liesse, der ganze Gegenstand seine räthselhafte Natur ablegen und in einem neuen Licht erscheinen würde; dagegen aber ist es nicht minder bedenklich, den Hauptstellen, welche ganz allgemein sprechen, (s. bes. fr. 1. §. 2. 3. 5. *h. t.*) die gedachte Beschränkung und Unterscheidung unterzuschieben. Diese neue Theorie ist denn auch nicht ohne Widerspruch geblieben; vielmehr hat Schmidt (in Schwerin) in der Zeitschrift Bd. I. Neue Folge, S. 347 ff. und, wie mir scheint, mit vollem Erfolg nicht nur den Beweis geführt, dass dieselbe den Quellen zuwider, sondern auch, dass die alte Theorie, wenn man nur den rechtlichen Charakter des Verbots richtig würdige, vollkommen gegründet sei. Die Sache verhält sich danach so. Die Prohibition ist im R. R. zunächst als eine faktische Verhinderung gedacht; es genügt aber auch dafür die Form des *jactus minimi lapilli*, ja sogar ein blos wörtliches Verbot, die Erklärung, dass man prohibire (fr. 1. §. 5—7. fr. 20. §. 1. *h. t.*); s. dens. S. 349. 359 ff. Dieselbe enthält eine Aeusserung des *animus possidendi*, also einen Besitzakt (*controversia de possessione*) dessen, der sich ihrer bedient. Dagegen kann nun, wie gegen jede andere Störung des Besitzes, wenn der Prohibirte eine solche darin als geschehen behauptet, das *Int. Uti possidetis* angewendet werden, fr. 3. §. 2—4. *Uti Possid.* (s. dens. S. 363 ff.) ohne dass auch hierbei ein *jus prohibendi* weiter zur Sprache kommt; der Prohibirte befindet sich vielmehr durchaus nicht in der Nothwendigkeit, wie wir sagen, sein Recht zur Veränderung in Petitorio geltend zu machen. Dass die Prohibition ein Besitzakt sei, erhellt aus der citirten Stelle direkt; sie ist aber, wie die ganze Lehre vom *Int. Quod vi* zeigt, noch mehr, nämlich eine Art von Selbsthülfe mit besonderer Begünstigung in ihren rechtlichen Folgen, wenn dem Verbot zuwider gehandelt wird, und das ist zugleich ihr eigenthümlicher Charakter als eines Rechtsmittels; das Motiv dazu ist in der anerkannten Nothwendigkeit zu suchen, bei entstandenen Streitigkeiten dieser Art vorerst den faktischen *status quo* durch ein Provisorium aufrecht zu erhalten, und dabei die Ausführung über das Recht oder den Besitz unverkürzt den Betheiligten anheimzugeben. (S. dens. S. 368 f., wenn er dabei S. 363 ff. die widerrechtliche Prohibition als *vis* bezeichnet, die rechtmässige dagegen als erlaubte Selbsthülfe, wodurch er zur Untersuchung der Frage geführt wird, warum hier nicht *vim vi repellere liceat*, so wird das mit der Savigny'schen Ansicht vom Grunde des Besitzschutzes zusammenhängen, s. §. 42. Anm. [8].) Treffend ist daher Schmidt's Vergleich der Prohibition sammt ihrer Wirkung mit unserem *Summariissimum*. In dem *Int. Uti possidetis* ist denn auch, wenn die Prohibition wirklich eine Besitzstörung enthält, d. h. der Prohibirende widerrechtlicher und böslicher Weise davon Gebrauch macht, ein Mittel gegen Chicane und auf Erlangung des Schadensersatzes gegeben, welches möglichst schnell Abhülfe gewährt; eine solche war daher auch, indem man der Prohibition die Wirkung beilegte, dass das Nichtrespektiren derselben den Begriff der *vis* herstellte, und das *Int. Quod vi* begründete, so leicht nicht zu befürchten. Hiernach bestimmt sich auch das Verhältniss der Prohibition zur *operis novi nunc.* und erklärt sich das viel besprochene fr. 5. §. 10. *de O. N. N.* vollständig dahin: die erstere ist ein Besitzakt und beziehungsweise eine Besitzstörung; die *o. n. nunciatio* niemals (s. folg. Anm.); mithin wird nur demjenigen, sich der ersteren zu bedienen,

so lange mit der Fortsetzung eingehalten werde, bis der Verklagte entweder ein Recht zu dem Unternehmen nachgewiesen, oder wenigstens den Besitz für sich erstritten haben werde. Das Verfahren hierüber sowie die Entscheidung geniessen die Begünstigung der möglichsten Beschleunigung, die eine Rechtssache überhaupt vor Gericht erfahren kann, und den erforderlichen Grad des Beweises der Voraussetzung können zusammentreffende Umstände, namentlich auch richterlicher Augenschein, nicht minder begünstigend herstellen. Ueberhaupt aber ist hierbei nothwendig dem richterlichen Ermessen ein umfassender Spielraum eröffnet; auch steht demselben die Befugniss der Aenderung des Provisoriums je nach den Umständen, sowie, wenn sich der Andere bereit erklärt, über die behauptete Zuständigkeit eines Rechts zu dem begonnenen Unternehmen, den Weg Rechtens zu betreten, und für

zu rathen sein, wer Aussicht hat, in dem nachfolgenden Besitzprozess obzusiegen, entgegengesetzten Falls aber der Nunciation. Das nur und nichts weiter ist in der cit. Stelle vorausgesetzt und gesagt. S. dens. S. 371 ff. — Schmidt ist m.W. ebenfalls der erste, welcher (S. 382 ff.) ausdrücklich die heutige Anwendbarkeit des *Int. Quod vi* völlig leugnet, und zwar aus dem Grunde, weil der Fundamentalsatz, dass der Prohibirte ohne Rücksicht auf Recht und Besitz die Prohibition respektiren müsse, in unserem Recht keine Aufnahme gefunden habe. Dies darum, weil dann gleichzeitig ein Mittel gegeben sein müsste, unbefugte Prohibitionen möglichst schnell zu beseitigen, widrigen Falls alle Rechtsordnung gefährdet und umgestossen werden würde. Sei nun bisher das Wesen und die Natur des *Int. Quod vi* unrichtig aufgefasst und sein Verhältniss zum *Int. Uti possidetis* verkannt worden, und vermöge unser heutiges Possessorium bei weitem nicht, die schnelle Procedur des letzteren *Interd.* zu ersetzen, so könne jenes nicht in die heutige Praxis übergegangen sein. Der Satz, dass Einspruch Dritter bei Bauten u. s. w. vorläufig respektirt werden müsse, sei, als mit der der deutschen Gewere zu Grunde liegenden Anschauung unvereinbar, stets dem Rechtsbewusstsein des Volks fremd geblieben. Allerdings aber habe sich ganz dasselbe Bedürfniss, welches im R. R. der Prohibition die eigenthümliche Wirkung verlieh, fühlbar gemacht, und dem habe die Praxis durch Anwendung des möglichst schnellsten Besitzschutzes im *Summariissimum* und durch gerichtliche Inhibitorien abgeholfen. Ich erkläre mich hiermit durchaus einverstanden. Die Doktrin des Prozesses hat hier das Ihrige gethan, um die Lücke zu füllen, und zwar durch die Anwendung provisorischer Verfügungen und einer darauf berechneten summarischen Procedur; vergleiche über diese Claproth summar. Proz. S. 56. S. 387 ff. (freilich in Irrungen über die Natur des *Int. Quod vi* befangen), Linde Prozess §. 334., Bayer summar. Proz. §. 3. Nr. III., Schmidt Handbuch des Proz. Bd. III. §. 197. (vergl. auch C. G. O. 1555. P. III. Tit. 3. *Caussae extraordinariae* §. 4. (*Attentator. et Inhibitionum*) §. 8. Item Sachen, aus welcher Verzug ein grosser Schaden erwachsen mag, §. 15. Item alle Sachen der streitigen Possession.) In den meisten Fällen wird ohnehin noch der Begriff der Baustreitigkeiten für die streitige Veränderung zur Anwendung kommen; über diese s. folg. Anm. Neuere Abhandlungen über das *Int. Quod vi aut clam* sind von Schäffer im Arch. f. prakt. R.-Wiss. Bd. II. S. 15 ff., von Zimmermann im Arch. Bd. XXXVII. S. 230 ff. und Bd. XXXXI. S. 182 ff. S. ferner die bei Arndts Pand. §. 329. Anm. 3. Gen., die zum Theil das *Int.* wieder als praktisch ansehen, und endlich Hesse d. Rechtsverh. der Grundstücksnachbarn S. 263 ff. und Bd. II. H. 1. S. 62 ff. — Mit der Grundlage der römischen Bestimmungen fällt nun auch alles Detail derselben weg, so dass eigentlich auch die im Text an Stelle der römischen gesetzte Obl. nicht mehr im R. R. wurzelt; indessen ist sie doch an deren Platz getreten, und füllt die Lücke der Prohibition und des *Int. Quod vi.* Nur die thatsächlichen Voraussetzungen, auf welche die Prohibition berechnet war, sind daher dieselben geblieben, und somit konnten diese auch in den an der Spitze dieser Anm. citirten Stellen hier näher dargelegt werden. Ebenso verhält es sich mit der Zuständigkeit für gewisse Personen, um eine provisorische Verfügung in solchen Fällen zu erlangen; wird zwar meist ein sachenrechtliches Verhältniss zu dem mit Nachtheil bedrohten Grund und Boden deshalb gleichzeitig behauptet werden, so kommt es doch weder auf den Beweis eines

vollständige Wiederherstellung und Schadensersatz im Fall des Unterliegens Kaution bestellt, die Ertheilung der Erlaubniss zu, einstweilen fortzufahren. Ungehorsam Dessen, wider den die provisorische Verfügung erlassen worden, begründet den Antrag auf Vollstreckung der Hülfe gegen ihn und die Verpflichtung zum Ersatz des angerichteten Schadens, als eines widerrechtlich zugefügten. Das Weitere über diesen Gegenstand gehört der Lehre von den provisorischen Verfügungen im Civilprozess an; hier war seiner in sofern zu gedenken, als der Antrag auf eine solche Verfügung in der That eine Klage vertritt, die, um überhaupt gegen den Thäter mit Erfolg gerichtet werden zu können, ein Verhältniss desselben zu dem durch die Handlung Bedrohten voraussetzt, und also auf eine Obligation zum Unterlassen derselben zurückzuführen ist, welche allein hier ihre Stelle finden kann, indem die Handlung wenigstens vorläufig als eine unerlaubte erscheint.

b. Wenn für den Bedrohten die Voraussetzungen, um das unter a. gedachte Provisorium zu erlangen, nicht zutreffen, so bleibt ihm nichts übrig, als die ihm sonst zuständigen petitorischen oder possessorischen Rechtsmittel anzuwenden, indessen ist es auch hier noch möglich, ein ähnliches Provisorium unter folgenden Umständen zu erhalten. Wenn Jemand[59] auf seinem Grund und Boden einen Bau

solchen an, noch kann die Verfügung schlechthin darum versagt werden, weil ein solches nicht behauptet werden kann. Denn jeder Detentor eines Grundstücks, d. h. wer nur als solcher auftritt, darf in so dringenden, wie hier vorauszusetzenden Fällen, immer wenigstens als Stellvertreter des Berechtigten handeln, habe er auch zunächst sein eigenes Interesse vor Augen, und soweit er zur *diligentia* verpflichtet ist, wird dies selbst als in dem Umkreis seiner Pflichten gelegen anerkannt werden müssen. Ausser dem Pacht wird übrigens nur noch das Kommodat (s. §. 111. Anm. [6]) dem Detentor überhaupt Veranlassung hierzu geben können, ohne dass er nicht zugleich zur Vertretung des Eigenthümers im Besitz ausdrücklich bestellt wäre, — und damit denn für das hier, jetzt nach wie vor, natürlich unerlässliche Interesse die äusserste Grenze gezogen sein. Ein sehr wichtiges Moment aber ist noch ausdrücklich hervorzuheben. Da provisorische Verfügungen dieser Art das *Summariissimum* gewissermaassen ersetzen, d. h. noch schneller wie dieses — über dessen Dauer freilich in der Praxis auch unglaubliche Erfahrungen gemacht worden sind! — und jeden Falls in kürzester Zeit zum Ziel führen, so ist als eine nothwendige (von Schmidt a. a. O. zwar nicht ausdrücklich gestellte, aber gewiss stillschweigend gedachte) Voraussetzung die, anzuerkennen, dass der, welcher auf eine solche Verfügung anträgt, den Zustand des Besitzes oder Quasibesitzes für sich behaupte, und dass entweder dieser, oder doch wenigstens bescheinigt werde, dass der Gegner nicht denselben für sich habe; denn in der That ist ja diejenige provisorische Verfügung, welche den letzteren zum Prozess (wenn auch nur *in Possessorio*) nöthigt, ein vorläufiger Schutz des ersteren im Besitz. Wie stark der Beweis oder die Bescheinigung desselben sein müsse, ist dem richterlichen Ermessen der Umstände anheimzugeben. Hiermit ist nun zugleich der Unterschied provisorischer Verfügungen dieser Art von denen unter b. im Text gedacht werdenden bezeichnet. Kann der Bedrohte den Besitz nicht wahrscheinlich machen, so wird er mit dem Gesuch um eine Verfügung des Inhalts derer unter a. abgewiesen werden und zu einem anderen Rechtsmittel greifen müssen. Ist der Fall dann noch wenigstens von der unter b. z. A. gedachten Art, so wird er neben, und beziehungsweise gegen Zusage der Erhebung der Hauptklage seinerseits die dort besprochene provisorische Verfügung erlangen können. Diese ist in sofern eine besondere Begünstigung, als er nur den *status quo* für sich hat, ohne dass dabei von einem Besitz für ihn die Rede ist, vielmehr trifft die erzwungene einstweilige Fortdauer desselben mit der Hinderung einer in dem unbestrittenen Recht des Gegners an sich enthaltenen Aeusserung zusammen, — darum aber reicht auch der dadurch gewährte Schutz nicht soweit, wie der, welcher bei diesseitig angenommenem Besitz verliehen wird.

[59] Die im Text folgende Parthie enthält das Resultat meiner Anschauung von der praktischen Bedeutung der *operis novi nunciatio*. Ich nehme m. a. W., um dies der Erörterung

oder eine Anlage beginnt oder beginnen lässt, wodurch dessen bisheriges Aeussere oder sein Zustand rücksichtlich der Einwirkung auf nachbarliche Grundstücke überhaupt in einer solchen Weise verändert wird, dass für den Nachbar Veranlassung entsteht, wegen einer seinem Grundstück, oder in Betreff einer ihm zuständigen Gebäudeservitut daher bevorstehenden Beeinträchtigung Klage zum Schutz seines Rechts dagegen, oder auf Sicherung wegen drohenden Schadens zu erheben (s. §. 127. III.), und er dieses beabsichtigt, oder schon gethan hat, so kann derselbe, um den dermaligen Zustand zu erhalten, und die Fortsetzung des begonnenen

gleich voranzuschicken, an, dass die römische *o. n. n.* in ihrer ursprünglichen oder einer analogen Form gar nicht mehr anwendbar ist, dass folglich auch die Wirkungen der in diese Form gebrachten Willenserklärung an sich nicht mehr möglich sind, dass also daraus keine besondere Obl. (*Interd. de opere restit.* und Kautionsbestellung) entstehen kann, — dass dagegen in der Anwendung des R. R. in Deutschland der Zweck der *o. n. n.* fortwährend als nothwendig anerkannt, und zu seiner Erreichung ein anderes Mittel (Antrag auf Inhibition bei Gericht) Geltung gewonnen hat, dass aber, um dasselbe gebrauchen zu können, dieselben Voraussetzungen wie nach R. R. erforderlich sind, wogegen die Inhibition, wie nach R. R. durch Kaution *de restituendo* im Fall des Unterliegens in der Hauptklage, abgewendet werden kann; dass jedoch die Wirkungen des neuen Mittels, wenn es richterliche Anerkennung gefunden, (d. h. die provisorische Verfügung erlassen worden) weiter reichen, als die der *o. n. n.* (Möglichkeit, Exekution zu suchen, anstatt erst das *Int.* klagend geltend zu machen), und dass endlich für die Remission der provisorischen Inhibition die allgemeinen Gründe für Aufhebung oder Aenderung provisorischer Verfügungen zur Anwendung kommen. Vergleicht man hiermit in der Kürze zuvörderst das Wesentliche der reinen römischen Lehre, so erscheint danach die *o. n. n.* 1. als ein provisorisches Rechtsmittel wider den Eigenthümer, welcher auf seinem Grund und Boden eine in den allgemeinen Grenzen des Eigenthums gelegene Befugniss rücksichtlich begonnener (*futura non praeterita*, *sive aedificet*, *sive inchoet aedificare*, fr. 5. §. 2. *eod.*), Bauten und Anlagen ausüben will, (*opus novum in solo factum*, *solo conjunctum*) wodurch *aut aedificando aut detrahendo — aedificatio vel demolitio — pristina facies operis mutatur*, (fr. 1. §. 1. 11. 12. *de O. N. N.* coll. §. 13. 14. *eod.*) und für ein benachbartes Grundstück ein unmittelbarer oder mittelbarer Nachtheil (*nunc. fit aut juris nostri conservandi aut damni depellendi* (*aut publici juris tuendi*) *caussa; quia jus aliquod prohibendi habemus*, *vel ut damni infecti nobis caveatur*, — *aut si quid contra leges edictave principum*, *quae ad modum aedificiorum facta sunt*, *fiet*, — fr. 1. §. 16—18. fr. 5. §. 9.) einschliesslich der Beeinträchtigung einer zuständigen *servitus pr. urbani* (fr. 2. 15. *eod.* fr. 15. *de S. P. U.* nicht wegen *s. praed. rust.* fr. 14. *de O. N. N.* vergl. Glück Bd. X. S. 221 ff. *Kämmerer de O. N. N.* Hdlbrg. 1807 p. 116 sqq. Hasse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 592 ff. Wiederhold das *Int. Uti possid. etc.* S. 87 ff. Zachariae über *Servit. praed. rust. etc.* S. 6 ff.) als Folge droht, so dass die Aenderung mit förmlicher Klage, *a. negatoria* oder *confessoria*, angefochten oder *cautio damni infecti* gefordert werden könnte. 2. Sie steht hiernach zu: dem Eigenthümer, dem Servitutberechtigten, (fr. un. §. 2. *de Remiss.*) dem Emphyteuta und Superficiar, (fr. 3. §. 3. fr. 5. §. 6. *eod.*) dem Usufruktuar *procuratorio nomine*, (fr. 1. §. ult. fr. 2. *eod.*) und dem Pfandgläubiger, (s. §. 79. [29]) wozu es jedoch bei der *nunc.* selbst keines Beweises dieser Eigenschaften bedarf. 3. Die Nunc. besteht darin, dass unter gewissen Förmlichkeiten, d. h. an Ort und Stelle, in Gegenwart von Personen, die es dem Bauherrn hinterbringen können, (s. aber fr. 1. §. 5. fr. 10. 11. *eod.*) unter genauer Bezeichnung des Gegenstands (fr. 5. §. 2—5. fr. 10. 11. fr. 1. §. 8. fr. 5. §. 10. 15. fr. 8. §. 1. *eod.*, die formellen Worte kennen wir nicht; s. übrigens Hasse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 588. und Asverus die Denunciatio S. 125 ff.,) ein Einspruch geschieht, worauf 4. der Nunciat bis zur rechtlich entschiedenen, vom Nuncianten anhängig zu machenden Sache (eine Frist oder sonstige Zwangsmaasregeln dazu sind nicht bekannt), entweder mit der Fortsetzung seines Unternehmens innehalten, oder Kaution bestellen muss, für den Fall des Unterliegens Alles in den vorigen Stand setzen zu wollen, (fr. 1. pr. §. 9. fr. 8. §. 3. fr. 20. §. 5. 9. *eod.* c. un. *ej. tit.*) s. dazu Asverus a. a. O. S.

Unternehmens zu hemmen, und damit nicht die vollendete Thatsache dem Prozess über ihre bestrittene Rechtmässigkeit zuvorkomme, wider den ersteren eine provisorische Verfügung beantragen, die, wenn der Richter die Sachlage dazu für geeignet hält, zugleich mit der Auflage an den Antragsteller ertheilt wird, die ihm zuständige Hauptklage binnen einer bestimmten Frist anzustellen (wenn sie noch nicht angebracht sein sollte), widrigen Falls jene aufgehoben wird. Sobald er nun diese Klage erhebt, darf der Andere bis zur ausgemachten Sache mit den begonnenen Aenderungen nicht weiter fortfahren, jeder Versuch dazu kann mit der sofortigen

220. und über die *stipulatio ex o. n. n.* Ubbelohde in der Zeitschrift N. F. Bd. 18. S. 101 ff. 5. Lässt sich der Nunciat dadurch von der Fortsetzung des Angefangenen nicht abhalten, oder bestellt er die Kaution nicht, so entsteht für den Nuncianten wider jenen ein *Interd. de opere restituendo* oder *demolitorium* auf vollständige Restitution (fr. 20. pr. 23. *eod.* fr. 3. §. 3. *de Alienat. jud. mut.*) und zwar mit der Wirkung gegen den Nunciaten selbst, und den, der das *opus factum ratum habuit*, dass dieselbe auf seine Kosten geschehe, (fr. 20. §. 1. fr. 7. §. 1. fr. 23. *eod.*) mag er ein Recht zu dem *opus* gehabt haben, oder nicht, (fr. 20. §. 3. *eod.*) gegen den Nachfolger nur, *ut patiatur tolli*, fr. 22. *arg.* fr. 16. §. 2. *Quod vi.* (S. übrigens, wegen mehrerer etwas zweifelhafter Fragen in Betreff der hierbei konkurrirenden verschiedenen Personen, Unterholzner a. a. O. S. 178.) Rücksichtlich entstandenen Schadens haftet der Nunciat *ex Int. Quod vi aut clam*, fr. 7. §. 2. *Quod vi.* 6. Die *O. N. N.* bezweckt also, den dermaligen Zustand, den Besitz, vorläufig, bis zur rechtlich ausgemachten Sache, faktisch aufrecht zu erhalten; wenn es in fr. 1. §. 6. und fr. 5. §. 10. *eod.* heisst, *op. n. n. possessorem adversarium facimus*, so bedeutet das nur soviel als: Beklagter, s. Hasse im Rhein. Mus. Bd. III. S. 612.[8], Francke a. a. O. S. 377. (Bei den Aelteren ist hieraus das sehr folgenreiche Misverständniss entstanden, dass der Nunciant den Besitz aufgebe, s. nachher.) 7. Die Nunciation ist an sich ein aussergerichtlicher Akt, s. auch fr. 1. §. 5. *eod.* Es kommen indessen Hindeutungen auch auf Anträge beim Prätor zu solchem Zweck und Verfügungen desselben vor, fr. 5. §. 7. fr. 8. §. 5. fr. 16. 19. *eod.*, worüber aber bei dem Mangel an bestimmten Nachrichten verschiedene Ansichten aufgestellt worden sind, vergl. Hasse a. a. O. §. 46. Mühlenbruch §. 461. bei und in Anm.[8] und Unterholzner a. a. O. S. 171. a. a. O. S. 171. a. E. und eine sichere über die römischen Verhältnisse wohl kaum zu erlangen sein mögte, s. bes. Francke a. a. O. S. 378. 8. Eine Befugniss ähnlicher Art stand Jedermann *juris publici tuendi caussa* zu, wenn durch Unternehmungen gleicher Art öffentliche Grundstücke mit Nachtheil bedroht wurden, fr. 1. §. 16. 17. fr. 3. §. 4. fr. 4. *eod.* — Ueber das Verhältniss der *o. n. n.* zu der Prohibition, welche das *Int. Quod vi* zur Folge haben kann, s. vorige Anm. Von diesen römischen Sätzen würde nun, die diesseitige Auffassung des heutigen Rechts als richtig vorausgesetzt, der Inhalt des ersten und des zweiten dem an die Stelle der *o. n. n.* getretenen Antrag, als vollkommen anwendbare Voraussetzung rücksichtlich der Fragen, unter welchen Umständen und wem ein solcher zustehe, zu Grunde zu legen sein; der dritte, vierte und fünfte wären durch den Antrag, die erfolgende provisorische Verfügung und deren mögliche Exekution ersetzt, so dass jedoch die Wirkung der Kautionsbestellung fortdauert; der Inhalt des sechsten träfe wieder mit dem Zweck dieses Antrags überein, der siebente beruhte auf sich, und der achte ist ohnehin als antiquirt zu betrachten. Ich erwähne dies nicht nur um der Uebersichtlichkeit der Vergleichung wegen, sondern auch, um nachzuweisen, dass man mit dem an die Stelle der *o. n. n.* getretenen Antrag auf eine provisorische Verfügung und den Folgen ihrer Ueberschreitung sich völlig auf civilistischem Boden befindet, denn Zweck und Grundlage sind gar nicht verändert, nur der Art und Weise, den ersteren zu erreichen, ist ein anderes Mittel substituirt, und dieses hat bestimmtere und energischere Folgen, als die *o. n. n.*, während die Aufhebungsgründe der Wirksamkeit dieses Mittels theils die des römischen, theils jedoch durch die Natur des jetzigen Rechtsmittels modifizirt sind, theils solche, welche aus dem weiteren Kreis der Lehre entspringen, welcher jenes hier zur Anwendung gebrachte Mittel angehört. — Hören wir aber nun die Doktrin über die Lehre von der *o. n. n.* Veranlasst durch die obgedachten

Vollstreckung der provisorischen Verfügung vereitelt werden, und begründet nach Umständen einen Anspruch auf Ersatz des angerichteten Schadens. Möglich ist jedoch bei eingetretener Veränderung der Umstände, deren Beurtheilung dem richterlichen Ermessen anheimgegeben bleibt, die Modifikation oder Aufhebung dieser Verfügung, namentlich auch gegen Sicherstellung dafür, im Fall des Unterliegens die Aenderung völlig zu beseitigen, und den vorigen Zustand wiederherzustellen. Auch kann durch Bestellung einer solchen Sicherheit derjenige, welcher die Anlage oder den Bau begonnen hat, die provisorische Verfügung wider sich überhaupt ab-

Hindeutungen auf Anträge beim Prätor hat man eine *o. n. n. publica* und *privata* unterschieden, wobei man unter letzterer die oben genauer beschriebene allein so zu nennende versteht. Man hat ferner eine *realis* und *verbalis* unterschieden, s. noch Göschen Vorles. §. 616. z. A. und unter ersterer eine eigenmächtige Zerstörung des auf unserem Boden Angelegten verstanden, oder auch wohl Verbot des Weiterbauens durch *jactus lapilli;* dass aber dann gar keine *o. n. n.* anwendbar sei, erhellt aus fr. 5. §. 10. *h. t.* und fr. 20. §. 1. *Quod vi;* darüber ist man auch jetzt einverstanden, s. Mühlenbruch §. 461. und Unterholzner a. a. O. S. 172. Allein über die erste Eintheilung kommen folgende Meinungsverschiedenheiten und deren Einfluss auf die Praxis in weiteren Betracht. Manche stellen die *o. n. n. publica* ganz in Abrede, und tragen die *privata* so vor, als sei sie ausschliesslich und vollkommen anwendbar, s. Puchta §. 396. [d]); ob dies wirklich damit gesagt sein solle, muss dahin gestellt bleiben. Die grosse Mehrzahl dagegen hält die *publica* für so vorzugsweise gebräuchlich, dass die *privata* daneben nur sehr selten, obwohl nicht gerade unpraktisch sei, ich nenne nur: *Schilter Exercit. ad Pand. h. tit.* §. 17—19. *Stryk Us. mod. ad h. tit.* §. IV. *Lauterbach Colleg. theor. pract. ad h. tit.* §. V. *Struvii Jurispr. rom. germ.* p. 311 sq. Mühlenbruch a. a. O. bei Anm. [21], Wiederhold das *Int. uti possid.* S. 117 f. Unterholzner a. a. O. Eine dritte Zahl endlich hält die *nunc. privata* für völlig abrogirt und *in desuetudinem* gekommen, und gegenwärtig also nur den Antrag auf ein *mandatum inhibitorium* für statthaft, s. *Ulr. Huber Prael. ad Pand. h. tit.* §. 10. *Leyser medit. ad Pand.* pr. 426. und die bei diesem gen. Aelteren und auch wohl Francke a. a. O. S. 378 f. Es findet sich jedoch auch bei den gen. älteren Anhängern der mittleren Meinung, welche allein auf diese Frage genauer eingehen, nicht nur Unklarheit und offenbare Misverständnisse über die römischen Bestimmungen und ihre Anwendbarkeit überhaupt, sondern namentlich auch in sofern, als sie die *privata nunc.* (die sie aber für bedenklich halten, weil nach fr. 5. §. 10. *h. t.* der Besitz verloren gehe! s. oben) immer nur unter Hinweisung auf ihr nachfolgende gerichtliche Anträge vor Augen haben, so dass sie nur wie ein vorbereitender Schritt für eine erst noch unerlässlich zu erwirkende gerichtliche Inhibition erscheint. Wahrhaft ergötzlich ist dabei das Bestreben in Formirung der gegen die Bauleute zu gebrauchenden den (unbekannten) römischen zu substituirenden Worte, worin es Herrmann teutsches *Systema jur. civ.* p. 979. am weitesten gebracht hat, und die Untersuchung über die Beschaffenheit des zum *jactus lapilli* erforderlichen Steins, s. dens. und *Lauterbach*, und die dort Gen., während *Leyser* schon voraussagt, was einem grossen Rechtshistoriker in G. wirklich passirt sein soll, *qui hodie lapilli jactu uteretur, ludibrio et adversario et ipsis judicibus futurum, nec quicquam effecturum.* Kommt es nun darauf an, für die diesseitige, mit der dritten der obgedachten drei Klassen von Ansichten übereinstimmende Anschauung Gründe anzugeben, so ist als solcher an erster Stelle zu nennen, dass beim Mangel vollständiger Kenntniss der römischen Förmlichkeiten für die *o. n. n.* (s. Hasse a. a. O. S. 589. Asverus a. a. O. S. 125 ff.) selbst eine Analogie derselben nicht möglich geworden ist, dass also die Versuche, ihnen andere zu substituiren, (namentlich Einspruch vor Notar und Zeugen) wenn sie auch hin und wieder ausgeführt worden sind, fruchtlos für die Rechtsbildung geblieben sein müssen. Sodann aber hat man eine solche Privatnunciation in der That immer nur als eine solenne Protestation betrachtet, welcher der gerichtliche Antrag und das *mandatum inhibitorium* nachfolgen müsse, die an sich, wenn der Nunciat sich von der Fortsetzung des Angefangenen nicht abhalten lasse, und auch keine Kaution bestelle, nicht, wie nach R. R. in dem dadurch nunmehr

wenden, während jedoch die Auflage an den Antragsteller wegen der seinerseits zu erhebenden Klage nicht weniger erfolgt, und die Dauer der Sicherheitsmaasregeln nun der Wirksamkeit der provisorischen Verfügung im erstgedachten Fall gleich zu beurtheilen ist. Von selbst versteht sich, dass, wenn derjenige, welcher den Hauptprozess erhoben, darin unterlegen hat, die dem Gegner auferlegte provisorische Beschränkung endet.

IV. Die letzte diesem Kreis angehörige Obligation entspringt aus den Injurien. Dem Wortverstand nach ist darunter jede wissentlich begangene widerrechtliche

begründeten Interdikt eine besondere Obligation entstehen lässt, was doch gerade die hervorragende Hauptspitze des ganzen römischen Instituts ist. Dies bemerkt mit vollem Recht schon *Huber l. l.* §. 10., ebenso wie, dass dem Recht desjenigen, welcher nach R. R. nunciiren könnte, weder durch die jetzige Unmöglichkeit einer solchen *o. n. n.*, noch durch die trotz Verbots oder ohne solches geschehene Vollendung der neuen Anlage an sich irgend ein Eintrag geschehen, eine Protestation ihm auch nicht mehr Rechte geben kann, als er schon hat, sondern ihm die gewöhnlichen möglichen possessorischen und petitorischen Rechtsmittel deshalb zur Seite stehen. Das Bedürfniss aber eines schleunigen Rechtsmittels zur Aufrechterhaltung des *status quo*, welches, in Anerkennung des Zwecks der *o. n. n.*, ungeachtet deren Art und Weise keinen Eingang fand noch finden konnte, sich nicht weniger geltend machte, hat von selbst den dieser allein zu substituirenden Weg gefunden, nämlich den der Imploration beim zuständigen Richter, die denn, wie schon *Schilter*, *Huber* und *Leyser* bemerken, nicht *o. n. n.* genannt werden kann, und nicht so hätte genannt werden sollen. Die Handhabung und Wirksamkeit dieses Mittels ist dann vorzüglich in der Doktrin des Prozesses weiter ausgebildet worden, indem man „Baustreitigkeiten" überhaupt als Gegenstand eines ausserordentlichen prozessualischen Verfahrens betrachtete, und den hier behandelten Fall, wenn man auch sonst jenen Begriff zu weit gefasst, oder zuviel darunter gestellt hat, wenigstens mit vollem Recht zu jenen zählen darf, s. Mittermaier im Archiv Bd. VIII. S. 129. Doch klingen auch bei den Prozessualisten, wie kaum anders zu erwarten, die unklaren Lehren der Pandektisten in der Behandlung der *o. n. n.* nach, und es können nach m. E. nicht leicht mehr Irrthümer zusammengehäuft werden, als z. B. Claproth summar. Proz. §. 255—261. vorträgt. Offenbar gehört jetzt der ganze Gegenstand in die Lehre von den provisorischen Verfügungen. Die Grundlage des Antrags, der eine Klage vertritt, ist das Recht, kraft dessen der Implorant die Neuerung als unzulässig bestreitet; wieweit, wenn es andererseits verneint wird, Beweis oder Bescheinigung desselben (Legitimation) zu führen sei, sowie was sonst dem Verfahren angehört, ist dem Prozess zu überweisen. Kommt es zur provisorischen Untersuchung der Neuerung, so muss zugleich dem Kläger eine Frist zur Anstellung der Klage gegeben werden, s. Francke a. a. O. S. 378.; baut der Andere trotz der provisorischen Inhibition, während der Frist oder des obschwebenden Prozesses nach erhobener Klage fort, so wird einfach aus jener Exekution zu suchen sein. Ganz unbedenklich muss übrigens der angebotenen Kautionsbestellung (deren alternativen Auflage auch nichts entgegensteht) noch jetzt dieselbe Wirkung wie nach R. R. zugeschrieben werden. Nach den für Modifikation oder Aufhebung der provisorischen Verfügungen im Allgemeinen geltenden Grundsätzen bestimmt sich denn auch für Abänderungen dieser Inhibition das Weitere, so dass man also darin nicht auf die römischen Gründe beschränkt, sondern die richterliche Befugniss in der Remission (fr. 1. pr. 20. §. 9. *h. t.* und *tit. Dig. de Remission.*) erweitert ist. Dabei ist von den römischen Gründen des Wegfalls der Wirksamkeit der *o. n. n.* im Besonderen der beiden zu gedenken, des Ablebens des Nuncianten und der seinerseits geschehenen Veräusserung des Grundstücks. Der dafür in fr. 8. §. 6. *eod.* angegebene Grund, *quia his modis finitur jus prohibendi*, ist zunächst allerdings auf die römische eigentliche *o. n. n.* berechnet; seine Rechtfertigung in der ersteren Hinsicht, — für welche er etwas seltsam ausgedrückt ist, — kann allein darin gesetzt werden, dass die *nunc.* ein Factum ist, welches sich so wenig vererbt, wie der Besitz, und ohne das Zuwiderhandeln keine Wirkung äussern kann, wenn letzteres also erst nach dem Tod des Nuncianten

Handlung zu verstehen[60]. Die grösste Mehrzahl dieser, in ihrer näheren Bestimmung wie in ihren Folgen, erscheint zugleich als Verletzung bestimmter Rechte, und zwar ohne dass dann auf die Wissentlichkeit etwas ankäme, um sie überhaupt als solche zu charakterisiren. Vermöge der Natur und des Inhalts jener Rechte sind dabei diese Verletzungen sämmtlich als Beeinträchtigungen des Vermögens gedacht. Nun ist es aber auch möglich, dass Jemand nicht diese Absicht hat, hätte seine Handlung auch diese Wirkung, sondern die, den Berechtigten aus irgend einem anderen Grunde in Ausübung seiner Rechte zu hindern, zu beschränken, oder zu beunruhigen, ohne sie zu bestreiten[61], so aus Eigensinn, Bosheit, Uebermuth,

eintritt, kein Verbot dawider mehr fortdauert; — in zweiter aber darin, dass das Interesse weggefallen ist. Während nun dieser letztere Grund auch bei der nach der jetzigen Sachlage anwendbaren Form ohne Zweifel fortdauert, wogegen die Cession der erhobenen Klage, was, wie gesagt, im Grunde doch der Antrag auf eine provisorische Verfügung ist, keinem Bedenken unterliegt, vor ihrer Anhängigmachung aber überflüssig ist, indem sie sofort dem neuen Erwerber von selbst zuständig wird, kann aus demselben Grunde der Tod des Imploranten sein Recht bei schon schwebendem Prozess nicht verloren machen, sondern es muss dieses, was keineswegs ein höchst persönliches ist, gerade wie das nach Verletzung des Einspruchs entstandene Interdikt nach fr. 20. §. 6. *h. t.* auf die Erben übergehen. Eigentlich kann es sich, parallel der römischen Bestimmung, nur um die Fortwirkung einer von Jemandem erlassenen Protestation handeln, — denn eine solche mit besonderer Wirkung war die *o. n. n.* — Bei der Wirkungslosigkeit oder Gleichgültigkeit einer solchen, welche zu dem Zweck der Imploration etwa vorgenommen würde, (s. weiter oben) erledigt sich aber die Frage von selbst. Wenn dagegen umgekehrt nach fr. 8. §. ult. *h. t.* der Tod des Nunciaten oder die seinerseits geschehene Veräusserung seines Grundstücks die *o. n. n.* nicht wirkungslos macht, so beruht das auf dem allgemeinen auch jetzt für die Form der Imploration fortwirkenden Grundsatz, dass für Niemanden durch diese Ereignisse die einmal gegen ihn begründeten Verpflichtungen aufgehoben und die gegen ihn anhängigen Klagen beseitigt werden. Mag also die Verletzung der provisorischen Verfügung auch erst vom Erben oder vom neuen Erwerber ausgegangen sein, so tritt jene für den ersteren mit dem Erwerb der Erbschaft in Wirksamkeit, die Handlungen des letzteren aber muss der Verklagte wie die jedes Dritten vertreten, die er verhindern könnte. Auch steht natürlich dem Kläger frei, wider diesen sofort neue Anträge zu machen. Die weiter oben gedachte Beschränkung des *Int.* wider die Nachfolger auf *pati tolli* gestaltet sich wider die Erben so, dass fr. 22. *h. t.*, welches in der Restitution nur eine *poena* sieht, worin der Erbe nicht succedire, jetzt vermöge der allgemeinen Regel von der Verpflichtung der Erben aus Handlungen ihrer Erblasser nicht mehr zur Anwendung kommt, wider andere Nachfolger aber kann bei Vollstreckung der Exekution allerdings nur auf *pati tolli* gedrungen werden, indem sie dabei selbst gar nicht als Schuldner angegriffen werden, sondern nur als Besitzer. — S. noch die seitdem erschienene Abh. von Schmidt in der Zeitschrift Bd. VIII. N. F. S. 17 ff. über das bei der *o. n. n.* einzuhaltende Verfahren, und über die *o. n. n.* vom praktischen Standpunkt aus von Zimmermann Arch. Bd. 37. S. 218 ff. und vergl. noch die bei Arndts Pand. §. 330. Anm.[8] Gen. und Hesse d. Rechtsverh. der Grundstücksnachbarn Bd. II. H. 1. S. 79 ff.

[60] Fr. 1. pr. 3. §. 2. *de Injur.* (in den ff. Anmm. *h. t.* citirt) pr. *I. de Injur.* fr. 5. §. 1. *ad Legem Aquil.* Allerdings gilt das Obige nur von dem römischen Ausdruck, es ist aber nicht möglich, das Besondere hier aus der Verbindung mit dem Allgemeinen herauszureissen und für sich darzustellen. Von selbst folgt hieraus, dass die Ausübung eines diesseitigen Rechts innerhalb seiner Grenzen keine *injuria* ist, fr. 55. *de R. J.* fr. 13. §. 1. 6. *h. t.*, wohl aber der Ausschritt, s. fr. 32. 33. *h. t.* fr. 5. §. 3. *ad Leg. Aquil.*

[61] So: durch Bemächtigung der Sachen Anderer, fr. 15. §. 31. *h. t.*, durch Hinderung Jemands, eine ihm gehörige Sache an sich zu nehmen, fr. 25. *de A. E.*, oder zu gebrauchen, fr. 13. §. 7. *h. t.*, oder sonst darüber zu verfügen, fr. 24. *h. t.*, oder auf öffentlichem Grund und Boden, wie Jedermann freisteht, zu verweilen und von öffentlichen Sachen den Jedermann zuständigen Gebrauch zu machen, *ibid.* und fr. 2. §. 8.

oder aus welchem anderen Beweggrunde, abgesehen von dem Willen zu schaden oder zu gewinnen, es sonst sei. Hier ist es dann ausschliesslich oder zunächst die Persönlichkeit des Menschen, seine Freiheit, seine Unabhängigkeit, die in seinem Nächsten von Jedermann anzuerkennende und zu achtende Menschenwürde, in deren Sphäre verletzend eingegriffen wird, obwohl nur äusserlich, indem sie innerlich unverletzbar ist. Der rechtliche Schutz dieser Güter, welche noch in ganz anderen und wesentlicheren Beziehungen angetastet werden können, liegt im Ganzen ausserhalb des Gebiets des Privatrechts, nämlich in dem des Strafrechts, und die grosse Mehrzahl der absichtlichen Verletzungen der Persönlichkeit und gewisser in ihr gelegener Rechte geht in bestimmt charakterisirte Verbrechen über, welche die Nichtachtung der Persönlichkeit in sich aufnehmen [62]. Soweit sie aber diesen Charakter nicht annimmt, ist es die Nichtachtung des Individuums allein, die den Inhalt der Verletzung und somit eines Vergehens bildet, wider welches, da es im Gegensatz zu anderen Verbrechen zunächst nur in die Rechtssphäre des Einzelnen störend eingreift, diesem die Ergreifung von Schutzmaasregeln überlassen ist, und in sofern jenem Vergehen ein privatrechtliches Element inwohnt. Hiernach beschränkt sich also der Begriff der Injurien als ein besonders charakterisirter, für sich bestehender auf alle diejenigen Handlungen, welche ohne ein anderes bestimmtes Recht, und namentlich ohne ein Vermögensrecht zu verletzen, nur eine Verachtung der Persönlichkeit des Angegriffenen bezwecken, mögen sie übrigens auch ihm zugleich einen Schaden zufügen [63]. Diese Absicht also verleiht der That als Injurie ihre Eigenthümlichkeit als Vergehen [64], wie sie andererseits von ihr die blos unmoralischen Handlungen unterscheidet. Ob die That von dem selbst, der sie ursprünglich beabsichtigt hat, oder auf seine Veranlassung von einem Anderen verübt worden, ist ohne Einfluss, vielmehr haften dann beide [65], und zwar wie wenn mehrere dieselbe ausgeübt haben jeder wegen der Injurie auf das Ganze, als hätte jeder eine besondere ausgeübt [66]. Während nun aber, wenn diese Absicht zunächst die

Ne quid in loco publ. das Eindringen in Jemandes Wohnung wider sein Verbot, fr. 23. *h. t.* fr. 21. §. 7. *de Furtis*, Beunruhigungen eines Anderen durch gerichtliche Verfolgung mit grundlosen Klagen, fr. 13. §. 3. fr. 15. §. 33. *h. t.* u. s. w. s. fr. 1. §. 38. *Depos.* fr. 41. pr. *ad Leg. Aquil.* fr. 44. *h. t.* — Die ebenfalls wohl eigentlich die Büssung einer Injurie enthaltenden, aus dem Titel *Dig.*: *Si quis jus dicenti non obtemperaverit*, aus fr. 13. fr. 4. §. 1. *de In jus vocat.* und fr. 1—3. *In jus vocatus ut eat* entspringenden Klagen sind antiquirt; vergl. über sie Unterholzner a. a. O. S. 781.

[62] Fr. 7. §. 1. *h. t.* s. Heffter Krim.-R. §. 296. [6] und Marezoll Krim.-R. S. 350. [3]. Hierher ist denn jetzt auch der Fall des fr. 15. pr. *h. t.* zu zählen.

[63] Der Inhalt des fr. 34. *de O. et A.* ist ohne praktische Relevanz, indem gegenwärtig, wenn in einer Injurienklage gleichzeitig erlittener Schaden gefordert werden soll, die Substantiirung dieses Anspruchs wie in einer einfachen Schädensklage nicht fehlen kann, diese also wie gehäuft erscheint.

[64] Fr. 3. §. 1. (*quum enim injuria ex affectu facientis consistat*) 3. *h. t.*; es ist also immer *dolus* erforderlich. Bei der Injurie im engsten Sinn tritt dieser *animus* allerdings am schärfsten hervor, indessen keineswegs ausschliesslich, s. Marezoll a. a. O. S. 359., dass dagegen der Verletzte die Injurie als solche zu fühlen im Stande sei, ist nicht erforderlich; so z. B. kann ein *furiosus* oder *impubes injuriam pati*, fr. 3. §. 1. 2. *d.* S. noch Anm. [76]. Uebrigens erfordert die Injurie stets die Ausführung der That, so dass es keinen Versuch der Injurie von rechtlichen Folgen giebt, s. fr. 15. §. 10. 17. *h. t.* Nur misverstehe man dies nicht z. B. dahin, dass, wenn Jemand einem Anderen eine thätliche Injurie zufügen will, sein Arm oder seine Hand aber, bevor er diesen berührt, etwa von einem Dritten zurückgehalten wird, oder es ihm auf halbem Weg Leid wird, er nicht schon eine Injurie, wenn schon in anderer als der beabsichtigten Aeusserung begehe.

[65] Fr. 11. pr. §. 3—6. fr. 15. §. 2. 8. fr. 17. §. 2. *h. t.*

[66] Fr. 34. *h. t.*

Freiheit Anderer in der Ausübung ihnen zuständiger Rechte betrifft, deren Persönlichkeit nur mittelbar angegriffen wird, ist dies auch unmittelbar möglich durch Antastung der Ehre eines Anderen, d. i. des ebenfalls in der Persönlichkeit gelegenen Rechts jeder Person auf allgemeine Anerkennung ihrer bürgerlichen Würdigkeit überhaupt, oder die vermöge ihrer Stellung ihr im Besonderen zukommende [67]. Die Verachtung dieser ist also eine Ehrenkränkung, geschehe sie durch Worte, Zeichen, oder Handlungen [68], und eine solche bildet den Begriff der Injurie im engsten Sinn, welche den Umständen nach leicht auch durch Handlungen, welche unter den vorgedachten weiteren Begriff der Injurien treten, ausgeübt werden kann [69]. Der kriminelle Charakter dieser Handlungen ist die Veranlassung, weshalb die Lehre von den Injurien im Weiteren dem Strafrecht anheimfällt, in welchem dann namentlich die derer im engeren Sinn eine ausführliche Ausbildung erhalten hat. Das obgedachte privatrechtliche Element aber ist der Grund, aus welchem dem Verletzten überlassen wird, mittelst Klage eine Privatgenugthuung vom Thäter zu fordern, oder je nach Umständen seine öffentliche Bestrafung, sei es in Verbindung mit ersterer oder ohne sie zu beantragen [70]. In Ansehung der letzteren gehört alles Weitere dem Strafrecht an, über die Klage aber, welche sonach, wie die ganze ihr zu Grunde liegende Obligation, eine zwitterartige Natur hat [71], ist Folgendes zu bemerken. Ihr Inhalt ist im Allgemeinen eine Geldbusse, deren Grösse anzugeben zwar dem Kläger überlassen ist, der Richter aber unter Berücksichtigung der Umstände, weshalb in der Klage die erlittene Injurie mit allen Nebenumständen genau anzugeben ist [72], zu ermässigen hat [73]; bei Injurien im engsten Sinn steht jedoch dem Verletzten frei, je nach seiner Wahl und Beschaffenheit des Falls entweder diese Busse, oder anstatt deren Abbitte des Geschehenen, oder Ehrenerklärung, oder

[67] Fr. 1. pr. sqq. *h. t.* pr. *I. eod.*, diese Bedeutung, also gleich *contumelia*, ist die gewöhnliche und im Zweifel immer zu verstehen, s. fr. 5. §. 1. *ad Leg. Aquil.*, vergl. Heffter a. a. O. §. 296. 297. Marezoll a. a. O. S. 349. und f. z. A.

[68] Fr. 1. §. 1. fr. 15. §. 1. 15—23. 27. 29—33. *h. t.*

[69] Vergl. auch fr. 7. §. 5. *h. t.* (wenn man das *et verberes* als Beispiel hinwegdenkt).

[70] Vergl. Marezoll a. a. O. §. 119. z. A. und das. S. 368.

[71] Diese bereitet hier einige Verlegenheiten in Betreff der Frage, wie weit man gehen dürfe, besonders, in sofern man mit der Richtung der Klage auf Abbitte u. s. w. ganz vom römischen Boden hinweggeräth. Da die ganze Materie recht eigentlich auf der Grenze, aber dem grösseren und wesentlichen Theil nach, namentlich die Voraussetzungen der Klage, im Gebiet des Kriminalrechts liegt, so muss man nach m. E. im Civilrecht sich darauf beschränken, nur den Zusammenhang der jenseits ausgebildeten oder erst entstandenen Elemente mit ihrem civilistischen Ursprung zu erhalten, wobei aber die praktische Gestalt der ursprünglich römischen Sätze nicht ignorirt werden kann. Was die Klage als solche betrifft, die rein civilistisch geblieben ist, so gehört das Detail über sie, soweit es römisch ist, natürlich hierher.

[72] Fr. 7. (*tot.*) *h. t.*

[73] §. 7. 9. *I. h. t.* fr. 7. pr. §. 1. 8. fr. 9. 15. §. 28. fr. 16. 21. 37. §. 1. *h. t.* Diese Klage ist die prätorische *a. injuriarum;* neben dieser bestand im R. R. die civilrechtliche *a. leg. Corneliae*, s. fr. 5. pr. 37. §. 1. *h. t.* und Marezoll a. a. O. S. 366. [1], welche einen beschränkteren Kreis als die erstere hatte, nämlich nur Schläge und Eindringen in fremde Wohnungen betraf, fr. 5. pr. *d.* und nur im Fall unmittelbar erlittener Injurien, s. §. 6. *eod.*, jedoch *perpetua* war, s. Wächter Lehrb. des Krim.-R. Bd. I. S. 270. Heffter a. a. O. §. 306. Marezoll a. a. O. S. 367. Gegenwärtig kann hier kein Unterschied weiter hervortreten, als in Betreff der Verjährung, s. Anm. [88]. Nach R. R. findet zwischen dieser und der Kriminalanklage nur die Wahl Statt, §. 10. *I. h. t.* fr. 6. *eod.* Weber von Injurien hält dies, und wohl mit Recht, noch als gemeines Recht fest; auf keinen Fall ist jedoch der Richter behindert, wenn er es den Umständen nach für angemessen findet, eine Strafe von Amtswegen zu verhängen. Hierüber pflegt eine partikular fest ausgebildete Gesetzgebung oder Praxis nicht zu fehlen.

Widerruf der vom Verklagten gethanen Aeusserungen oder eines und das andere zu fordern [74].

Die aus den Injurien entspringende Obligation hat rücksichtlich ihrer Entstehung noch folgendes Eigenthümliche. Vermöge des Begriffs derselben kann eine solche dann nicht begangen werden, wenn der, welchem die an sich sonst dafür zu erachtende Handlung zugefügt worden, dazu eingewilligt hat [75]. Es muss ferner derjenige, welcher sie geltend machen will, sich die erlittene Injurie sofort zu Gemüthe gezogen und nicht darüber hinwegsehen zu wollen erklärt haben [76]. Darin, dass Jemandem gewisse Thatsachen nachgesagt werden, welche ehrenrührig für ihn sind, liegt, wenn sich die Behauptung einfach darauf beschränkt hat, eine Injurie nur dann, wenn sie unwahr sind [77]; dagegen aber kann die Art und Weise, die Umstände, unter denen eine solche Behauptung geschieht, allerdings eine Injurie enthalten [78]. Dass der Thäter den Verletzten persönlich gekannt habe, ist nicht erforderlich [79], um die Obligation entstehen zu lassen. Ferner ist es eine Eigenthümlichkeit dieser Obligation, dass sie nicht nur für die unmittelbar von der Injurie betroffene Person entsteht, sondern auch mittelbar, und zwar ganz unabhängig von jener [80], für gewisse nahe Angehörige derselben, namentlich: den Vater, wenn das Kind, den Ehemann, wenn die Frau, den Bräutigam, wenn die Braut, den Schwiegervater, wenn die Schwiegertochter, den Erben, wenn der Erblasser entweder an seinem Ruf oder seine Leiche injuriös behandelt worden ist [81]; nur ist es hierzu erforderlich, dass der Thäter die Beziehungen dieser Personen zu einander kannte [82].

[74] Diese Satisfaktionen sind deutschen Ursprungs; s. auch C. G.-O. v. 1555. Thl. II. Tit. 28. §. 4. Vergl. Heffter a. a. O. §. 308. Hierbei ist es aber in der Anwendung streitig, in welchen Fällen das Eine oder das Andere, oder Mehreres neben einander gefordert werden könne, obwohl man im Allgemeinen über die Natur der Sache als Leitfaden einverstanden ist; s. bei dems. Anm. [3] die Lit. und ausserdem noch Unterholzner a. a. O. S. 780. Ebenso ist es bestritten, ob hierneben eine öffentliche Strafe zulässig sei; s. diess. Endlich auch die Anwendung einer Provokationsklage *ex l. diffamari* wegen böser Nachreden, s. diess. Alle diese Punkte können hier nur angedeutet werden, indem sie sämmtlich der Doktrin des Kriminalrechts angehören. — Bei Realinjurien findet nach deutschem Recht auch ein Anspruch auf Schmerzensgeld Statt, Marezoll a. a. O. §. 107. a. E. Vergl. den folg. §. 125. Anm. 23.

[75] Fr. 1. §. 5. fr. 17. pr. §. 13. fr. 26. *h. t.*; vgl. Marezoll a. a. O. §. 23. [1]; dies ist von der bei den Injurien selbst erfolgenden Einwilligung zu verstehen; ein vorheriges Uebereinkommen, also das wirkliche Zugeständniss, sich injuriös behandeln lassen zu wollen, als ein Recht für den Anderen, ist ungültig, R. P.-O. v. 1577. Tit. 35. §. 9. — Kann ausser der injuriirten Person noch eine andere die Injurie klagbar machen (s. Anm. [81]), so entsteht für diese, wenn sie nicht selbst eingewilligt, nichts desto weniger die Obl.

[76] Fr. 11. §. 1. *h. t.* §. ult. *I. eod.*; nach diesen Stellen ist also eine Aeusserung der Remission erforderlich, nicht umgekehrt eine solche des Gegentheils. Dieses Erforderniss erledigt sich in Ansehung der Anm. [64] a. E. gedachten Personen, indem es hier durch Vermuthung zu ergänzen ist, dagegen gilt für ihre Vertreter alles das, was für den Verletzten selbst, um die Injurie klagbar zu machen.

[77] Fr. 18. pr. *de Injur.*, c. 5. 10. *ej. tit.*

[78] C. 5. *d.*; über diese ohne Noth sehr bestrittene sog. *exceptio veritatis* s. Heffter a. a. O. §. 301. [6] und Marezoll a. a. O. S. 360 f.

[79] Fr. 3. §. 2. *h. t.* s. Anm. [82]; unbestimmten Personen kann dagegen keine Injurie zugefügt werden, fr. 15. §. 9. *h. t.*

[80] Fr. 1. §. 5. fr. 26. *h. t.*

[81] Fr. 1. §. 3—9. fr. 15. §. 24. fr. 18. §. 2. fr. 27. 30. §. 1. *h. t.* §. 2. 3. *I. eod.* Wenn es hierbei fr. 1. §. 6. *d.* heisst, dass die nach Antritt der Erbschaft geschehene Injurie wider des Erblassers Ruf *quodammodo heredi factam esse*, vorher *magis hereditati et sic heredi per hereditatem acquiri*, so ist das bei der Rückwirkung des Erbantritts nur von der Vermittelung der Klage zu verstehen, nicht davon, als werde eben die *hered.* als Subjekt beleidigt.

[82] Fr. 1. §. 8. fr. 18. §. 4. 5. *h. t.* — Ob diese

Endlich entsteht diese Obligation nicht, wenn Eltern ihren nicht mehr in väterlicher Gewalt stehenden Kindern nur geringfügige Injurien zufügen [83], und zwischen Eheleuten [84]. Nicht zu verwechseln hiermit ist der Fall, wenn einer Person eine Injurie zugefügt worden, um eigentlich damit eine andere zu verletzen; hier haftet der Beleidiger nur dem Verletzten, sobald nicht zwischen diesem und dem Anderen solche, wie die gedachten Beziehungen, vorwalten, trifft dies aber zu, so ist dieser Fall dem vorigen im Erfolg gleich [85]. — Der Anspruch aus den Injurien erlischt im Besonderen: 1) durch einseitige Verzeihung des Verletzten [86]; 2) durch den Tod des Beleidigers unbedingt, durch den des Beleidigten, wenn er sie nicht schon bei seinen Lebzeiten klagbar gemacht hat [87]; 3) durch Kompensation unter Umständen, s. §. 104. Anm. 1. b); 4) durch einjährige Verjährung von da an, wo der Verletzte Kenntniss von der Verletzung erhalten hat, ausgenommen wegen thätlicher Injurien und Eindringens in fremde Wohnungen für die dadurch verletzte Person selbst [88].

Rückwirkung der Injurien auf andere Personen nur mit der römischrechtlichen ästimatorischen Klage geltend gemacht werden, oder ob dieselben auch auf Abbitte u. s. w. klagen können, diese Frage lässt sich aus direkten Gründen weder verneinen noch bejahen. Auf der einen Seite steht das Singuläre der Vorschrift; auf der anderen, dass durch die Satisfaktionsmittel deutschen Urprungs doch nicht das Princip verändert worden, sondern vielmehr jene nur zu dem römischen hinzugekommen sind; letzteres scheint mir überwiegend.

[83] Fr. 7. §. 3. *h. t.* fr. 2. *de Obsequ. parentibus.*

[84] Fr. 2. *de Act. rer. amotar.* (denn nach R. R. infamirte die Klage; s. noch Heffter a. a. O. §. 311. [3]); s. auch dens. wegen fr. 15. §. 15. *h. t.* und einer danach allgemeinen Ausschliessung der Injurienklage, wenn Jemand, sich auf eine seinem Stand unangemessene Weise aufführend, demgemäs verächtlich behandelt worden ist.

[85] Die römischen Beziehungen in fr. 15. §. 34. und 48. *h. t.* finden bei uns auch nicht einmal analoge Anwendung, nämlich auf Dienstboten, wie wohl hin und wieder angenommen worden ist; vergl. Marezoll a. a. O. S. 366. [5].

[86] Fr. 11. §. 1. fr. 17. §. 6. 12. *h. t.*

[87] Fr. 13. pr. *h. t.* s. §. 33. I. 1. a. Hier fragt es sich, ob die Klage auf Abbitte und Widerruf auf und gegen die Erben übergehe? Heffter a. a. O. §. 311. Anm. [9] hält es für am richtigsten, jeden Uebergang der Klagen auf und gegen die Erben zu leugnen, weil sie eine *obl. personalissima* betreffen; allenfalls werde sich zwar ein Uebergang auf die Erben des Beleidigten durch die Conventio annehmen lassen, niemals aber auf die des Beleidigers, weil die Klage keinen Vermögensgegenstand betreffe. Ich trete der letzteren Meinung bei, da ja die Erben auch wegen der dem Erblasser noch nach seinem Ableben durch böse Nachrede zugefügten Injurien selbstständige Klage erheben können, und sonst der Injuriant frei ausgehen würde, während doch der Beleidigte schon die nöthigen Schritte gethan hatte, um die ihm gebührende Genugthuung zu erwirken. Es scheint mir dem Rechtsgefühl zu widerstreiten, neben dem Ersteren das Zweite zu verneinen.

[88] Daran, dass in den beiden Fällen, für welche im R. R. die Klage als *perpetua* anerkannt wird, die gewöhnliche Verjährungsfrist als fortdauernd zu betrachten sei, (s. Anm. [73]) scheint mir mit Grund nicht bezweifelt werden zu können, und es geschieht dies m. W. auch nicht. Dass ferner, wenn die ästimatorische Injurienklage binnen einem Jahr verjährt, auch die Klage auf Abbitte, Widerruf u. s. w. darauf beschränkt werden müsse, glaube ich ebenfalls ohne Bedenken annehmen zu dürfen, indem damit nicht sowohl eine neue Obl. entstanden und also eine neue Klage gegeben ist, als ein besonderer Anspruch aus der ersteren, für dessen Beschränkung der Zeit nach durchaus gleiche Gründe bestehen, und für welchen doch auch unbedenklich die auf die Obl. überhaupt mit der Wirkung der ästimatorischen Klage ursprünglich berechneten Voraussetzungen, gleich den anderen besonderen Erlöschungsgründen, zur Anwendung gebracht werden. Ich finde übrigens auch nirgends, dass dies ausdrücklich geleugnet würde. Wegen des für die *a. injur. aestimatoria praetoria* bestehenden *annus*, s. c. 3. *de Injur. pr. J. de Temporal. act.* coll. fr. 17. §. 6. *h. t.*, ist nun aber bestritten, ob er als *continuus* oder *utilis* zu rechnen sei, s. Heffter a. a. O. §. 311. [10] und die dort Gen. Indessen hat man sich sehr überwiegend für

§. 125.

B. Obligationen aus Handlungen, zu deren Entstehung Absichtlichkeit der Beschädigung nicht erforderlich ist.

Den hier zusammengestellten Obligationen ist, wie die Ueberschrift andeutet, gemeinsam, dass zu ihrer Begründung ein Verschulden des Handelnden im engeren Sinn genügt, durch Absichtlichkeit desselben also freilich die Obligation um so mehr entstehen muss. Sie beruhen sämmtlich auf dem Grundsatz, dass, wenn zwar Niemand ausser einem bestehenden, diese Verbindlichkeit umfassenden, Obligationsverhältniss dazu für verpflichtet erachtet werden kann, im Interesse eines Anderen thätig zu werden, also drohenden Schaden und Nachtheil von ihm abzuwenden, doch jede eigene widerrechtliche Thätigkeit, wodurch einem Anderen Schaden zugefügt wird, verboten sein, also eine Verbindlichkeit zum Ersatz desselben begründen muss. Wie nun hierbei Verschuldung, und zwar, bis auf die letzte nachher zu erörternde Obligationsform, *culpa levis*, zur Herstellung des Begriffs der Widerrechtlichkeit ausreicht, indem jeder seine Handlungen, soweit sie auf Vermögensinteressen Anderer Einfluss haben können, so einrichten muss, dass voraussichtlich dadurch kein Schaden entstehe, so kann, wenn von diesem Begriff und dessen Ersatz hier soll die Rede sein können, der Grund dazu auch stets nur durch positive Handlungen und nicht ursprünglich durch eine Unterlassung gelegt sein.

I. Die wichtigste und umfassendste der hierher gehörigen Obligationen ist die wegen Zufügung widerrechtlichen Schadens bezüglich der Sachen Anderer [1], mögen diese vernichtet, beschädigt, oder der Andere überhaupt nur darum gebracht worden sein [2], und gleichviel ob der schädliche Erfolg durch mittelbare oder unmittelbare

die Kontinuität erklärt, so dass ich nicht weiss, womit Unterholzner a. a. O. S. 779. seine Behauptung unterstützen will, dass der Gerichtsbrauch dieser Ansicht nicht günstig sei.

[1] Das ist das *damnum injuria datum ex Lege Aquilia*, s. *Dig.* IX. 2. Wegen des Begriffs *injuria* s. hier fr. 5. §. 1. *eod.* Die Geschichte dieses Gesetzes, seine einzelnen Kapitel, die Ausbildung der ganzen Lehre, namentlich der Unterschied zwischen der *directa* und *utilis a.*, je nachdem unmittelbar *corpore corpori* geschadet worden, oder nur mittelbar, und je nach der Beschaffenheit des Schadens und des Rechtsverhältnisses des Beschädigten zu der Sache, welche der Schaden betroffen hat, sind für das geltende Recht ohne Bedeutung; vergl. darüber Hasse Culpa §§. 4—12. Hugo civil. Magazin Bd. I. S. 107. (2. Ausg.) und Unterholzner a. a. O. Bd. II. S. 690 ff. Die *a. Leg. Aquil.* wird schon im R. R. als *rei persecutionem continens* bezeichnet, fr. 34. §. 2. *de O. et A.*, da sie jedoch unter Umständen, die jetzt wegfallen, (s. Anm. 17) mehr als die Schadenssumme gewährt, so wird sie auch *poenalis* genannt, fr. 23. §. 8. *ad Leg. Aquil.* §. 9. *I. eod.* und daher denn in §. 19. *eod.* auch *mixta*. Gegenwärtig ist sie natürlich reine Schadensersatzklage; s. Glück a. a. O. §. 705. — In diese Obl., wie sie jetzt erscheint, fallen mehrere römisch besonders charakterisirte hinein, s. bes. vorigen §. Anm. 11. Noch seien hier genannt: 1, die der *a. viae receptae* zu Grunde liegende, s. fr. 3. pr. *de Via publ. ref.*; 2, die wegen unbefugter Bestattung einer Leiche auf fremdem Boden, mit der alternativen Verpflichtung, entweder sie wieder herauszunehmen, oder den Platz zu bezahlen, fr. 2. §. 1. 2. fr. 7. pr. *de Religios.*, welche, bei unserer heutigen Ausbildung der Polizeihülfe, jedoch kaum noch Gegenstand eines förmlichen Prozesses werden dürfte.

[2] 1, S. z. B. fr. 2. 3. 29. §. 4. 5. *ad Leg. Aquil.* (unter obiger Nr. *h. t.* cit.) §. 1. *I. eod.* §. 4. 5. 7. 13. *eod.* 2, §. 13. *I. eod.* 3, §. 16. *I. eod.* fr. 27. §. 14. 20. 21. fr. 30. §. 2. *h. t.* fr. 14. pr. §. 2. *de Praescriptis verb.* Vergl. Glück Komm. Bd. X. S. 334 f. Die beschädigten Gegenstände können auch Immobilien sein, nur dass dann der Begriff der Vernichtung vorzugsweise auf Gebäude, der der Verschlechterung aber ohne Unterschied zur Anwendung gebracht werden kann. — Ist eine Handlung, welche unter Um-

Einwirkung herbeigeführt worden ist[3]. Dieselbe entsteht auch dann, wenn die Beschädigung in Verbindung oder in Folge eines anderen Vergehens, welches einen Anspruch gleichen Umfangs für den letzten begründet[4], oder unter solchen Umständen zugefügt worden ist, wo der Beschädigte vermöge eines zwischen ihm und dem Thäter bestehenden Vertragsverhältnisses letzteren aus diesem in Anspruch nehmen kann[5]. Ist der durch positive Thätigkeit ursprünglich veranlasste Schaden erst durch ein ihr nachfolgendes Unterlassen vollends herbeigeführt oder vergrössert worden, so haftet der Thäter auch für diese Folge[6]. Der Begriff der Widerrechtlichkeit dieser Handlung wird von deren objektiven Seite her nach denselben Voraussetzungen bemessen, wie zu der Entstehung von Obligationen aus verbotenen Handlungen überhaupt, s. §. 100. Nr. 1,[7]; von der subjektiven Seite her aber, d. i. der Zurechnung, ist derselbe durch Culpa im weiteren Sinn bedingt, also in dem, wo sie sowohl Dolus, d. i. Absichtlichkeit, welche mit dem wissentlichen Schaden, der Voraussicht, dass er eintreten werde, angenommen werden muss, als Culpa im engeren Sinn, also Unabsichtlichkeit umfasst, s. ebendas. Nr. 2,[8]. Der Begriff und der Umfang des Schadens wird einmal durch den Inhalt der Vermögensverminderung bestimmt, also je nachdem eine Sache verloren geht, unbrauchbar, oder ihr voriger Werth verringert wird, einschliesslich aller eintretenden mittelbaren Verluste und Nachtheile, welche als nothwendige Folgen der Vernichtung oder Beschädigung der Sache erscheinen, so dass er also mit einem Wort das gesammte Interesse umfasst[9], und andererseits durch das Rechtsverhältniss Desjenigen zu der

ständen Nachtheil bringen kann, ohne solchen geblieben, so kann natürlich von dieser Obl. keine Rede sein, s. fr. 18. §. 5. *de Dolo*, fr. 27. §. 25. *h. t.* — Die in den Quellen vorkommenden Beispielsfälle sind aufgezählt bei Unterholzner a. a. O. S. 695 f. und das. die Anm. Indessen fehlt darunter ein Fall, der besonderer Erwähnung werth ist, nämlich der der Beschädigung und Zerstörung von Urkunden, Schuldscheinen, Testamenten und dergl. mehr; s. fr. 40. 41. 42. *h. t.* fr. 27. *de Furtis*, bezüglich deren der Ersatz besonders interessante Seiten darbietet, in sofern nicht das Körperliche der Urkunde ihren Werth repräsentirt, sondern ihr Inhalt, vergl. Anm. 9.

3 §. 8. 16. *I. h. t.* fr. 9. §. 3. fr. 29. §. 5. fr. 53. *h. t.* c. 5. 6. *eod.*

4 Fr. 2. §. 1. 2. *de Privatis delictis*, fr. 27. §. 3. *de Furtis.*

5 Fr. 7. §. ult. fr. 13. §. 4. fr. 18. 42. *h. t.* fr. 16. §. 5. *Famil. ercisc.* fr. 47. §. 1. fr. 48. *Pro socio*, fr. 18. §. 1. *Commodati*, u. s. w. Die in Folge der einen dieser konkurrirenden Klagen erhaltene Befriedigung schliesst natürlich die andere aus. Vergl. §. 101. II. z. A. und das. Anm. 38.

6 Fr. 8. pr. *h. t.* §. 6. *I. h. t.*, vergl. noch fr. 13. §. 2. *de Usufr.*

7 Fr. 4. pr. 5. pr. 29. §. 3. fr. 49. §. 1. *h. t.*

8 Vergl. das. auch Anm. 10 und bes. 13. Von einer besonderen Zurechnung, d. h. einer besonderen Willensbestimmung, aus welcher nur der Thäter als Ursache des Schadens zu betrachten sei, ist hierbei keine Rede, es genügt, dass überhaupt ein auf ihn bezüglicher Grund existirt, daher denn *animus nocendi* zwar schadet, aber gar nicht nöthig ist, vielmehr die *levissima culpa*, also bis zum *casus*, genügt, s. die Stellen der cit. Anm. 13 z. A. Daher giebt es hier keine Grade der *culpa*, und es steht diese (im engeren Sinn) dem *dolus* im Erfolg gleich; fr. 30. §. 3. *h. t.* Vergl. Hasse a. a. O. §. 14.

9 Fr. 21. §. 1. 2. fr. 22. 23. pr. §. 1—6. fr. 29. §. 3. fr. 33. pr. 55. *h. t.* §. 10. *I. eod.* S. noch fr. 27. §. 2. *de R. V.* und fr. 15. §. 1. *h. t.* Die am Schluss von Anm. 2 berührte Frage kann je nach den Umständen verschiedenartige Beantwortung finden müssen, wie die citirten Stellen selbst in mehrfachen Erörterungen ergeben. Denn möglicher Weise ist hier gar kein oder doch kein der Rede werther Schaden angerichtet; so z. B. wenn Jemand die von einem Anderen ausgestellte Schuldurkunde, bevor sie dem Gläubiger behändigt worden, zerstört, während jener nur ein neues Blatt Papier zu nehmen braucht, um ein anderes Exemplar zu schreiben. Oder, wenn der dadurch künftig zu führende Beweis auch durch Zeugen geführt werden kann. Anders z. B.

Sache, welcher dadurch einen Schaden erlitten zu haben behauptet. Vorzugsweise ist nämlich hierbei zwar an Eigenthum gedacht[10], worunter der Usukapionsbesitz mitverstanden wird[11], nicht weniger aber können Die, denen persönliche Servituten[12] oder Pfandrechte[13] an der Sache zustehen, durch den dieser zugefügten

bei Zerstörung letztwilliger, noch uneröffneter Verfügungen. Die Schwierigkeiten in diesem Gebiet sind alle nur faktischer Natur, aber leicht sehr gross. Vgl. darüber *Joan. Suarez Comment ad L. Aquil. citt. legg.* in *Meermanni Thes.* T. II. p. 132. In Verbindung damit verdient noch ein Punkt nähere Beachtung, der bei zerstörten Urkunden sehr wichtig werden, aber auch bei dem Ersatz angerichteten Schadens in ganz anderen Fällen in Frage kommen kann. Häufig wird das Interesse in Folge eines erlittenen *damn. inj. dat.* in der Wiederherstellung oder Ausbesserung des beschädigten Gegenstands bestehen. Unbedenklich kann auch auf diese selbst, anstatt auf den Ersatz der Kosten, die Klage wie das Urtheil gerichtet werden, s. c. 2. *h. t.* Wenn die Glossatoren bezüglich deren letzten Satzes zum Theil der Ansicht waren, dass darin nicht die aquilische Klage, sondern das *Int. quod vi aut clam* zu verstehen sei, (s. auch *Brunnemann Comm. ad h. l.*) so fehlt es dazu zwar m. E. völlig an ausreichendem Grunde, allein selbst wenn der Zweifel begründet wäre, so steht es doch fest, dass schon nach justin. wie nach heut. Recht, anstatt auf den Schadensersatz in Gelde, auf Vornahme derjenigen Handlung geklagt werden darf und verurtheilt werden muss, durch welche derselbe unmittelbar geleistet werden kann. (Dass es im Fall Ungehorsams in der Exekutionsinstanz schlüsslich doch auf die Geldsumme hinauskommen werde, wenn sich nicht irgend ein anderes Mittel zum Zweck darbietet, ist eine Sache für sich, worüber das Weitere dem Prozess angehört.) Hierbei ist nun die Zerstörung von Urkunden von besonderem Interesse, welche von deren Aussteller ausgegangen ist; also z. B. die des (dem Gläubiger behändigten) Schuldscheins durch den Schuldner. Die Ausstellung eines neuen Schuldscheins ist hier das nächstliegende Objekt der Klage wie des Urtheils, und zugleich das leichteste Mittel für den Verurtheilten selbst, Ersatz zu leisten. Allerdings aber darf hierbei nicht übersehen werden, dass die neue Urkunde nicht identisch mit der zerstörten ist, auch nicht vom Tag der letzteren ausgestellt werden kann, und leicht Umstände vorwalten können, unter denen der Verklagte durch eine solche Auflage über die Gebühr belästigt werden, der Gläubiger aber mehr als entschädigt werden würde. Ein z. B. über ein heute empfangenes nach Jahrsfrist gegen vierteljährige Aufkündigung zahlbares Darlehn dem Gläubiger ausgestellter, vom Schuldner im Lauf des Jahrs kulpos zerstörter Schuldschein wird freilich ganz einfach durch Ausstellung eines neuen ersetzt werden, dessen späteres Datum gleichgültig ist, oder eventuell durch Anführung der Umstände betreffs der Zerstörung des ursprünglichen erklärt werden kann. Anders aber, wenn der Schuldner Einreden gegen den Schuldschein gehabt hat, z. B. er sei durch *dolus* zu dessen Ausstellung veranlasst worden, er habe ihn unterschrieben, ohne den Inhalt genau zu kennen, und dergl. mehr. Der letztere muss nun freilich feststehen, also auf irgend eine Weise beweisbar und bewiesen sein, wenn es zu einer Verurtheilung überhaupt gekommen sein soll. Dann aber ist es allerdings auch möglich, dass sich das Urtheil z. B. darauf zu beschränken hat, „dass es bei der Erklärung des Verklagten, die geklagte [etwa: Bl. 10. d. A. abschriftlich befindliche] Urkunde ausgestellt zu haben, bewende". Die den Einzelfall begleitenden Umstände können hier leicht nicht geringe Schwierigkeiten hervorrufen. In der neueren Kasuistik (aus der älteren vergl. *Hommel Obs.* 632.) finde ich nur Einen Fall der Art, eine zerstörte Bürgschaftsurkunde betr., behandelt, aber in drei Instanzen drei verschieden lautende Urtheile gegeben: in erster: auf Ausstellung einer neuen gleichlautenden Urkunde; in zweiter: dass der Verklagte eine aussergerichtliche Beurkundung der im vorliegenden Rechtsstreit eingestandenen Umstände auszustellen habe; in dritter wie vorhergedacht (dass es dabei bewende u. s. w.). Natürlich würde das rechtskräftige Erkenntniss in allen diesen Fällen die zerstörte Urkunde ersetzen und anstatt deren zu gebrauchen sein.

[10] Fr. 2. pr. 11. §. 6. 7. fr. 27. §. 5. *h. t.* s. noch fr. 19. *de Dolo*, fr. 18. §. 1. *Soluto matrim.*

[11] Fr. 11. §. 8. fr. 17. pr. *h. t.*

[12] Fr. 11. §. ult. fr. 12. 17. pr. *h. t.* fr. 7. §. 3. *de Usufr.*

[13] S. §. 79. Anm. [31].

Schaden Ansprüche erwerben, und zwar je nach den Umständen sowohl allein, als neben dem Eigenthümer, also dass dann ein doppelter Schaden und eine doppelte Schadensklage entsteht, als endlich auch gegen den Eigenthümer selbst, wenn er die Sache vernichtet oder verschlechtert und dadurch jene in Schaden gebracht hat[14]. Bei der doppelten möglichen Schadensklage tritt jedoch zwischen Pfandgläubiger und Eigenthümer, wenn beide klagend auftreten, in sofern eine Vertheilung ein, als für den letzteren von der ganzen Schadenssumme so viel abgeht, wie das Interesse des Gläubigers sich beläuft, d. h. höchstens seine Forderung, wofür das Pfand haftete, und ersterer also nur den Ueberschuss fordern kann[15]. Endlich hat auch der Pachter eines Grundstücks die Schadensklage dann, wenn der Saat oder den noch hängenden Früchten ein Schaden zugefügt worden, nur muss er dem Schadensstifter dafür einstehen, dass er nicht auch noch vom Verpachter verklagt werde; denn wenn zwar dem letzteren, als Eigenthümer auch der Saat, die Klage eigentlich ausschliesslich zusteht, so ist sie doch auch dem ersteren wegen seines eigenthümlichen Verhältnisses zu jenem, wonach er vorzugsweise interessirt erscheint, nicht versagt[16]. Die Grösse des Werths der Sache, woran der Schaden geschehen, richtet sich nach dem Zeitpunkt der Beschädigung[17]. Zeigt sich mit der Zeit eine Vergrösserung des Schadens, so kann immer von Neuem Ersatz gefordert werden, jedoch dieser niemals die Summe übersteigen, welche Gegenstand desselben gewesen sein würde, wenn der Schaden gleich in seinem gesammten nachmaligen Umfang hervorgetreten wäre[18]. Ebenso verhält es sich, wenn die von dem Einen bereits beschädigte Sache von einem Anderen noch mehr beschädigt oder vollends vernichtet wird[19].

Ausser dem einer Sache zugefügten Schaden kann auch bei geschehener Verletzung des menschlichen Körpers der Beschädigte Ersatz der Kurkosten, Entschädigung wegen entzogenen Erwerbs und künftigen Fortkommens[20], die sich bis auf

[14] Fr. 12. 17. pr. *h. t.*; nach der letzten Stelle auch der *b. f. possessor* gegen den *dominus*, vergl. darüber Glück a. a. O. S. 372. [11], Madai im Archiv Bd. 26. S. 219. und Löhr Magazin Bd. IV. S. 521 ff.

[15] Fr. 30. §. 1. *h. t.* vergl. fr. 27. *de Pignor.*

[16] Fr. 27. §. 14. *h. t.* Andere persönlich Berechtigte können u. U. Abtretung der Klage fordern, s. fr. 13. §. 12. *de A. E.*, auch wohl in dem Fall des fr. 41. *Locati.* Vergl. Glück a. a. O. S. 375 ff., der aber hier weiter geht, während nach m. E. nur dem Pächter im obgedachten Fall die Klage darum zusteht, weil sein Recht doch von ganz eigenthümlicher Art ist, nämlich ihm den sicheren Erwerb des Eigenthums der verdorbenen Sache (der Saat und Früchte) nach seinem Belieben jeder Zeit gewährt, so dass diese gewissermaassen und der That nach ihm gehört, dem Eigenthümer nur der Rechtskonsequenz zufolge, so lange die Früchte mit dem Boden zusammenhängen. Vergl. auch Hasse Culpa S. 322. Anm. [a]). Löhr Magazin Bd. IV. S. 521 ff. und Unterholzner a. a. O. S. 699 f.

[17] Nach R. R. konnte der höchste Werth, den die Sache in den letzten 30 Tagen gehabt, gefordert werden, und von beschädigten vierfüssigen Thieren ihr höchster Werth aus dem letzt verwichenen Jahr. Das ist pönaler Natur und also nicht mehr praktisch, s. Glück Bd. X. S. 384. und die dort Gen. und Göschen Vorles. §. 590. a. E. A. M. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 326. m. E. ohne Grund.

[18] Fr. 46. 47. *h. t.*

[19] Fr. 11. §. 3. fr. 15. §. 1. (coll. fr. 51. *eod.*, über dessen Verhältniss zu den ersteren grosser Streit ist, vergl. dazu Glück a. a. O. S. 347 ff. und bes. Ziegler, die Theilnahme an einem Verbr. S. 79 ff.) *eod.*, eigentlich behandeln diese Stellen den Fall, wenn die erste Beschädigung auch die Folge nach sich gezogen haben würde, welche die zweite wirklich unmittelbar herbeigeführt; wenn aber selbst in diesem Fall die obige Regel zur Anwendung kommt, so sicherlich noch mehr dann, wenn jene Folge nicht so feststeht.

[20] Fr. 5. §. ult. fr. 6. 7. pr. *h. t.* coll. fr. 13. pr. *eod.* fr. 7. *de His qui effud.*

lebenslängliche Ernährung des Beschädigten und der Seinigen, und wenn er selbst dadurch zu Tode gekommen, auf die der letzteren in gleichem Umfang, wie sie dieselbe von jenem zu erwarten hatten, ausdehnen kann[21], — ferner wegen Verunstaltungen Ersatz in sofern verlangen, als dadurch die gegründete Ansicht auf eine gewisse amtliche Beschäftigung entzogen, oder deren Fortsetzung verhindert, oder Frauenspersonen die Hoffnung der Verheirathung abgeschnitten wird[22], — endlich kann der Verletzte selbst auch Schmerzensgelder, letztere wie eine Geldbusse, neben der eigentlichen Entschädigung fordern, deren Feststellung dem richterlichen Ermessen unterliegt[23].

Die Folge wahrheitswidrigen Ableugnens der Verbindlichkeit zum Schadensersatz ist bereits §. 101. Nr. III. erwähnt worden.

Von mehreren Mitschuldigen haftet jeder auf das Ganze, auch kommt darauf nichts an, dass sich nicht ermitteln lässt, durch welchen von ihnen eigentlich der Schaden veranlasst wurde[24].

II. Eine der vorigen dem Umfang nach gleiche und der Entstehung nach mehr oder minder nahe stehende Obligation auf Ersatz des Schadens[25], der dadurch

[21] Dies ist durch die Praxis feststehender Rechtssatz geworden, s. Glück a. a. O. S. 341 f. und die dort Gen., Schweppe röm. Priv.-R. §. 549., Göschen Vorles. §. 591. a. E. Vergl. Bd. III. §. 141. Anm. [16]. Die Verpflichtung ist jedoch nur eine subsidiäre, in Ermangelung auskömmlichen Vermögens. Vergl. Hartitzsch Entsch. prakt. Rechtsfragen, S. 353.

[22] Dies ist gegen grundsätzliche Ansichten des R. R. in fr. 13. pr. *h. t.* und fr. ult. *de His qui effud.* fr. 3. *Si quadrupes*, angenommen worden, hat sich aber durch die Praxis so festgestellt, s. Glück a. a. O. S. 389. und die dort zahlreich Gen. Dass die Anwendung dieses Satzes viel Misliches habe und mancher Inkonsequenz Raum lasse, ist nicht zu verkennen.

[23] S. die P. H. G. O. Art. 20. vergl. Glück a. a. O. S. 388 f. Man hat also die Schmerzensgelder nicht blos als Busse für Realinjurien zu betrachten, sondern es bedarf der Injurie nicht, um sie fordern zu können; vergl. Unterholzner a. a. O. S. 774. g) aber auch S. 701. c). Die Behauptung Glück's, dass diese Forderung eine höchst persönliche sei, scheint mir sehr gegründet zu sein.

[24] Fr. 11. §. 2. 4. *h. t.*; der römische Grundsatz, dass *quod alius praestitit, alium non relevat*, fällt jetzt weg, s. §. 89. Anm. [7]. Der Unterschied zwischen Urheber und Gehülfen ist erst in der neueren Praxis hervorgehoben, aber ziemlich unbestimmt und mit Beschränkung, s. Glück a. a. O. S. 386.

[25] In dieser Gestalt erscheinen jetzt die Uebertretungen der prätorischen Bestimmungen in fr. 1. pr. und fr. 5. §. 6. *de His qui effud.*, während im R. R. die Klagen daraus theils durch ihre, im Fall des *positi* und *suspensi* sogar ausschliessliche, Pönalnatur, theils als *populares* einen sehr verschiedenen Charakter an sich trugen, vergl. Glück a. a. O. S. 392 ff. 399 ff. 419 ff. und Unterholzner a. a. O. S. 790 ff. Der ersteren Vorschrift, woraus die sog. *a. de effusis et dejectis* entspringt, wird zwar in der Richtung auf Ersatz des Schadens die Anwendbarkeit nicht streitig gemacht, und ihre Voraussetzungen sind auch von der unter Nr. I. im Text vorausgesetzten Art der Beschädigung, namentlich in der Person des Verpflichteten, so verschieden, dass sie nicht mit dieser zusammengeworfen werden kann; rücksichtlich der zweiten aber, worauf man die sog. *a. de positis et suspensis* stützt, findet sich Meinungsverschiedenheit. Während nämlich z. B. Glück S. 412. sie nach Aelteren als *utilis* auf Ersatz zulässt, soll sie nach Göschen Vorles. §. 649. a. E. nicht mehr im Gebrauch sein. Unterholzner a. a. O. S. 793. gedenkt, dass der jetzige Gerichtsbrauch in allen drei im Text aufgeführten Fällen Klagen auf einfachen Schadensersatz zulasse. Von den das *positum et suspensum habere* betreffenden Stellen, namentlich fr. 5. §. 6—12. *h. t.*, spricht nur der letzte §. überhaupt von einer Ausdehnung über die strenge Voraussetzung des Edikts (*in suggruenda protectove*) und von dem Schadenersatz als Inhalt der *actio ad exemplum hujus.* Da nun nach fr. 1. §. 3. *h. t. quod cum suspenderetur decidit, magis dejectum videri, et si quid pendens effusum sit, quamvis nemo hoc effuderit, edictum* (fr. 1. pr.) *tamen locum habere*, und dem *suspendere* das *ponere* unbedenklich ganz gleich zu halten ist, so ist nach m. E. dadurch Alles

Jemands Sachen oder Körper zugefügt worden, wird begründet: 1) in Folge des ohne vorherige Warnung[26] geschehenen Herausgiessens von Flüssigkeiten oder Herabwerfens irgend welcher Gegenstände aus einem Gebäude[27] oder Schiffe[28] auf einen öffentlich begangenen Raum[29], sowie durch das Herunterfallen der in oder an einem Gebäude ausgestellten oder aufgehängten Gegenstände auf solche Räume[30]; 2) durch gefährliche Thiere, die Jemand an einer solchen Stelle hält, wo öffentliche Passage Statt findet[31]. Als Schuldner erscheint in Fällen der ersten Art der Bewohner, oder Inhaber des Gebäudes, beziehungsweise der Vorgesetzte des Schiffs, von wo der Schaden ausgegangen ist[32]. Unter dem Bewohner oder Inhaber ist hier derjenige zu verstehen, welcher als Hausherr im bildlichen Sinn gilt, sei er Eigenthümer, oder Miether, oder geniesse er freie Wohnung. Ist ein Haus von Mehreren bewohnt, und zwar nach bestimmten Abtheilungen, Stockwerken oder Zimmern, so haftet der Inhaber deren oder dessen, woraus der Schade veranlasst wurde[33]; wenn ohne solche Theilung, so haftet jeder auf das Ganze[34], also auch bei sonst Statt findender Theilung in Betreff gemeinschaftlicher Räume[35]; doch

erledigt und beantwortet, was im Interesse des praktischen Rechts über die Anwendbarkeit des von fr. 5. §. 6. *h. t.* an folgenden Theils des Edikts in Frage gestellt werden kann. Damit treten auch alle Schwierigkeiten hier aus dem Gesichtskreis, welche der §. 12. des fr. 5. *h. t.* wirklich hat, s. darüber Glück a. a. O. S. 403 ff. und Unterholzner S. 790. e), und Schmidt (aus Ilmenau) civil. Abhandl. S. 33. Anm. 30, und es ist somit von einer praktischen Bedeutung dieses Ediktstheils gar nicht mehr die Rede. Savigny Obl.-R. Bd. II. S. 327.

26 Arg. fr. 31. *ad Leg. Aquil.*

27 Fr. 1. pr. §. 7. 8—10. fr. 5. pr. — §. 3. *eod.*

28 Fr. 6. §. 3. *eod.*; was übrigens bei dem von Gebäuden ausgehenden Schaden gilt, ist unbedenklich auch analog hier anzuwenden.

29 Fr. 1. §. 2. *eod.*, es ist nicht erforderlich, dass der *locus* ein *publicus* sei, *dummodo per eum vulgo iter fit*, also Strasse, Weg, offener Platz oder Raum für die allgemeine Passage; nicht dazu zu rechnen ist der für ein Haus reservirte Raum, müsste man ihn auch passiren, um dahin zu gelangen, oder gestattete der Eigenthümer den Durchgang, ohne daran gebunden zu sein. Uebrigens ist es einerlei, ob bei Tag oder bei Nacht etwas herausgegossen wird, wenn nur die Passage auch bei Nacht daselbst Statt finden darf, fr. 6. §. 1. *eod.*

30 Fr. 1. §. 3. *eod.* s. Anm. 25.

31 Fr. 40. §. 1. fr. 41. 42. *de Aedil. Ed.* Es ist einerlei, ob die Thiere an Ketten gelegt sind; sie brauchen übrigens keine wilde und reissende zu sein, auch ein beissiger Hund gehört hierher.

32 Fr. 1. §. 4. 9. fr. 5. pr. §. 1—3. *h. t.* fr. 5. §. 5. *de O. et A.*, wegen der Schiffe s. fr. 6. §. 3. *h. t.* Hierdurch namentlich unterscheidet sich die Obl. praktisch von der *ex damno injuria dato;* gegen den, welcher die Veranlassung zu dem Schaden gegeben, findet nämlich *a. Legis Aquil.* Statt.

33 Fr. 5. pr. §. 1. 2. *h. t.* Diese Stellen im Vergleich zu denen der folg. Anm. haben einiges Auffallende, besonders die Modifikation des zuletzt gedachten §. 2. Nach m. E. modifizirt er sowohl den letzten §. des fr. 1. als fr. 5. §. 1., sein Sinn ist der, dass, wenn zwar *indiviso coenaculo* eigentlich jeder von mehreren *coenaculariis* verklagt werden kann, dennoch der Verletzte dann an den, *ex cujus cubiculo dejectum est*, — wonach an eine nur faktische Zimmervertheilung unter sie zu denken ist, — soll gewiesen werden können, *si sine captione actoris id fiat.* Das letztgedachte fr. 5. §. 1. *d.* aber enthält die doppelte eigenthümliche Bestimmung, dass, wenn der *coenaculariam exercens*, also der Eigenthümer oder veraftermiethende Miether (u. s. w.), das *coenaculum* zum grösseren Theil behält, also doch wirklich eine Theilung der Räume in rechtlicher Hinsicht eintritt, er dennoch in der Regel alle vertreten soll, und wenn umgekehrt zum kleinsten Theil, und er, wie man nun wieder verstehen muss, den grössten *pro indiviso* Mehreren vermiethet hat, er mit diesen, trotz doch dann auch wieder Statt findender Scheidung seines Raums von dem der übrigen, gleichmässig haftet, — mithin enthält §. 1. eine zwiefache Ausnahme vom pr. derselben Stelle.

34 Fr. 1. §. ult. fr. 2. 3. 5. §. 1. in f. s. vor. Anm.

35 Fr. 5. §. 2. *medianum*, s. deutsch. Corp. Jur. Anm. 19 (2. Ausg.).

kann Der, welcher Zahlung desselben geleistet, von den Uebrigen antheilsmässigen Ersatz fordern[36]. Im zweiten Fall erscheint derjenige als Schuldner, wer das Thier dahin gebracht oder gelassen hat, wo es geschadet hat[37].

III. Die letzte diesem Kreis angehörige Obligation[38] ist die zwischen dem

[36] Fr. 4. *h. t.* Der einzelne Bewohner, welcher für den Thäter, z. B. einen Gast, bezahlt hat, kann von diesem durch *in factum a.* Ersatz fordern, arg. fr. 5. §. 4. *h. t.*

[37] *Ne quis — ita habuisse velit*, s. die Stellen der Anm. [31].

[38] Die Doktrin von der obigen Obl. befindet sich in einer schwierigeren Lage, als beinahe irgend eine andere; denn mit den beiden Fragen: welchen Grad der Schuld der Richter zu vertreten habe, und ob auch dann, so lange noch auf andere Weise, nämlich durch Rechtsmittel, von dem Oberrichter Hülfe zu erlangen sei? ist die ganze Grundlage der Obl. in Zweifel gestellt. Noch weiter geht Koch, das gem. und preuss. Obl.-R. Bd. III. S. 1002., indem er die Anwendbarkeit der in den der gemeinrechtlichen Doktrin zu Grunde zu legenden Quellenzeugnissen enthaltenen Auffassung des Verhältnisses ganz und gar in Abrede ist; „die hier vorausgesetzte Rechtsverletzung gehöre nach den heutigen Rechtsansichten nicht in die Klasse derer aus unerlaubten Handlungen, indem Verrichtungen und Dienstleistungen wie die der Beamten und Feldmesser jetzt Gegenstand eines Mieth- oder Innominatkontrakts werden können;" allein, ganz abgesehen davon, dass ja nach R. R. schon *judex non proprie ex maleficio obligatus* bezeichnet, also die Obl. nicht aus eigentlicher Verschuldung als entsprungen angesehen wird, steht diese Ansicht mit allen übrigen das gemeine Recht angehenden so sehr in Opposition, und ihrer Grundlage muss so bestimmt widersprochen werden, dass sie hier auf sich beruhen muss. (Sollte Koch das preussische Recht dabei nur vor Augen haben?)

A. Trotz der vielfachen Behandlung der angedeuteten Hauptfrage von Alters bis jetzt, sind die Ansichten darüber einander nicht näher gekommen; im Gegentheil haben sie sich neuerlich noch mehr gespalten, als früher, und man hat sich gegenseitig die früher wenigstens an sich nicht bezweifelten Gründe zum Theil auch streitig gemacht, so dass es kaum möglich ist, ohne grosse Ausführlichkeit in diese Kontroversenmasse Einsicht zu schaffen; doch ist ein Ueberblick ihrer Hauptparthieen (denn Vieles ist durch gründlichere Behandlung allerdings theils abgestossen, theils braucht es nicht mehr berührt zu werden, so z. B. die allgemeine Anwendung der *Lex Aquilia*) nicht zu entbehren. Da man nämlich der Sachlage zufolge darauf verzichten muss, eine Ansicht als die absolut richtige und allein mögliche aufstellen zu wollen, vielmehr zuzugeben ist, dass hier nur der Gesetzgeber vollkommene Hülfe gewähren kann, so muss wenigstens des Vergleichs wegen darüber Auskunft gegeben werden, welche Resultate die Ansichten Anderer liefern; auch können diese der diesseitigen indirekte Unterstützung gewähren. Berücksichtigen wir zuvörderst die Quellenzeugnisse, auf welche es hierbei ankommt. Im R. R. bestand 1. ein völlig antiquirter Rechtsgrundsatz: *quod quisque juris in alterum statuerit, ut ipse eodem jure utatur* (Dig. II. 2.), welcher einen Schutz gegen Anwendung ungerechter Rechtsregeln der Magistratus bezweckte, der übrigens nur eine Art von Retorsion war, und somit sehr unvollkommene Hülfe leisten mogte. 2. Hierzu kam die *actio in factum contra judicem, qui litem suam fecisse dicatur*, (über diesen Kunstausdruck, der nicht das Delikt, sondern dessen Folge für den Richter bezeichnet, s. *Schrader Comm. ad Inst.* IV. 5. pr.) indem anerkannt wurde, dass der Richter unter gewissen Umständen bei Ausübung seines Amts *quasi ex maleficio* verantwortlich werden könne. Hierüber sind vorhanden: fr. 15. §. 1. *de Judic. Judex tunc litem suam facere intelligitur, cum dolo malo in fraudem legis sentent. dixerit. Dolo malo autem videtur hoc facere, si evidens ejus arguatur vel gratia vel inimicitia, vel etiam sordes, ut veram litis aestimat. praestare cogatur.* (S. noch c. 2. *de Poena judicis etc.*) Ferner fr. ult. *de Extraord. cognit. Si judex lit. suam fecerit, — quia — utique peccasse aliquid intelligitur licet per imprudentiam, ideo videtur quasi ex maleficio teneri in f. actione, et in quantum de ea re aequum religioni judicantis visum fuerit, poenam sustinebit.* (*Gaius*). Dieselben Worte finden sich mit geringen Veränderungen im pr. *I. de Obl. quae quasi ex del.*, und mit Weglassung der letzten Worte in fr. 5. §. 4. *de O. et A.* (*Gaius.*) Diese Bestimmungen sind freilich ursprünglich auf eine andere Stellung des Richters zu den Partheien berechnet, nämlich auf einen *judex datus,*

Richter und derjenigen vor ihm verhandelnden Person entstehende, welche er durch richterliche Entscheidungen oder sonstige Verfügungen widerrechtlicher Weise verletzt. Der Begriff der Widerrechtlichkeit umfasst zwar hier natürlich stets jede Absichtlichkeit, also namentlich alle die Fälle, wenn er eine strafbare Pflichtwidrigkeit begeht, nicht aber jede unabsichtlich verschuldete Verletzung durch Unkennt-

allein deren Aufnahme in die Institutionen beweist, dass sie auch auf die vom Staat angestellten Richter bezogen worden sind. S. ferner c. 29. in f. *de Pactis* und vergl. auch Heffter Civilproz. S. 98. Anm. [213]. Wenn dagegen Unterholzner a. a. O. S. 739. unter Bezug darauf, dass der Ausdruck *sententiam dicere* ein Urtheilen, kein Rechtsprechen bedeute, meint, dass das R. R. nur in Beziehung auf das erstere ein Verantwortlichwerden des Richters durch Pflichtverletzung kenne, so muss ich dem nicht nur wegen des in den übrigen Stellen enthaltenen Zusatzes: *per imprudentiam*, d. h. soviel als Mangel an *jurisprudentia* (s. *Schrader Comm. ad Inst. lit. l. l.*), widersprechen, sondern es beweisen auch die Beispiele, welche im R. R. vorkommen, — s. nachher — dass hier Rechtsunwissenheit oder Vernachlässigung rechtlicher Vorschriften inbegriffen sind, und fr. 2. *Quod quisque juris* sagt ausdrücklich: *si assessoris imprudentia jus aliter dictum sit, quam oportuit, non debet hoc Magistratui officere, sed ipsi assessori*, und dabei kann nicht an das Edikt dieses Titels, sondern nur an fr. 15. §. 1. *de Judic.* gedacht sein. Es ist endlich hier noch zu bemerken, dass, wenn zwar in zweien der letzteren drei Stellen *poenam sustinere* vorkommt, dieser Ausdruck hier doch nichts Anderes, als das *litis aestimationem praestare* der ersten bedeuten kann. Auf allen Fall übrigens darf und muss jetzt der Inhalt der Obl. als einfach auf Ersatz gerichtet erscheinen, s. §. 29. [23] a. E. und daran ist denn auch nirgends ein besonderer Zweifel erhoben worden. Hierzu kommen die in einigen deutschen Reichsgesetzen enthaltenen Bestimmungen; so lässt der R.-A. von 1532. Art. 1. §. 17. wider die Richter, „so unrechtmässige Urtheil aussprechen, den Krieg ihr eigen machen" zu, dass die beschwerenden Partheien „vermöge unser kaiserl. Recht" sie wegen unrechtmässiger oder nichtiger Urtheile syndiciren (*ad syndicatum* stellen) mögen (daher Syndikatsklage; über den Ursprung dieser Bezeichnung s. *Schilter Exercit. ad Pand. X.* §. 60., sie stammt von der Amtsstelle der Syndici in den italienischen Städten im Mittelalter, *qui judices eliguntur adversus magistratus et judices*); in der R. C.-G.-O. von 1555. Thl. III. tit. 53. scheint in §. 6. das fr. 15. §. 1. *d.* in den Worten: „Geschenk, Miet, Gab, Bitt, Freundschaft, Feindschaft" wiederholt, und deshalb soll den Partheien „das Syndicat gegen den Richter fürzunehmen" vorbehalten sein; in §. 5. das. ist, wenn „die Nichtigkeit eines Urtheils nicht aus Betrug oder arger List, sondern allein aus Versehen, Unfleiss, Irrsal oder Unwissenheit der Richter gefolgt," nur eine Disciplinarmaasregel angeordnet, übrigens aber auf die gewöhnlichen Rechtsmittel verwiesen. In §. 10. endlich ist für den Fall des §. 6. die Wahl zwischen dem Gebrauch der Revision und dem Syndikat (etwas unklar) nachgelassen. (S. noch die §§. 13. 14. 18. des Tit. 63. in dem Koncept der C.-G.-O. von 1613). Endlich heisst es im J. R.-A. §. 157. a. E., „dass wenn der eine oder andere R.-C.-G.-Beisitzer nicht *ex justitia*, sondern *ex affectu* judiciret, derselbe *litem suam* gemacht haben und dem *syndicatui* unterworfen sein soll." — Was nun zuvörderst die römischen Stellen für sich betrifft, so findet man zwischen der ersten und den übrigen einen Widerspruch, den angesehene Neuere dadurch zu heben suchen, dass sie bei *dolus* „volle *litis aestimatio*," bei *culpa* nur wirklichen Schadensersatz (worin soll hier der Unterschied bestehen?) oder, wie Andere sagen, „eine arbiträre nach der Stärke des Versehens abzumessende Leistung erstattet" wissen wollen, s. Unterholzner a. a. O. S. 740. [9], Heffter System des Civilprozessrechts S. 97., Bayer Vortr. zu Martin S. 175. (7. Aufl.) und die dort Gen. und Puchta §. 390. und vorzüglich *Schrader l. l.*, dagegen hält Gottfried Weber in der Ztschrft. Bd. VII. S. 19. (s. bei diesem S. 17 f. noch andere zurückgewiesene Vereinigungsversuche) eine Vereinigung für unmöglich, und glaubt in der Nothwendigkeit zu sein, eine reine Wahl treffen zu müssen, wobei er dann der ersten Stelle den Vorzug giebt. In den Reichsgesetzen findet er das natürlich bestätigt. — In Ansehung der reichsgesetzlichen Bestimmungen aber ist sogar Streit über ihre gemeinrechtliche Bedeutsamkeit. So behauptet Mühlenbruch §. 449. [2], dass sie nur für das Reichs-Cammergericht ausgesprochen seien, und also die Abweichung des §. 5. vom R. R. (wenn nämlich letz-

niss, Nachlässigkeit, Irrung und Versehen. Denn der Umfang der Rechtswissenschaft ist zu weit, der vollständige Inhalt der einzelnen Lehren zu reich, und die Schwierigkeit der Anwendung der einzelnen Rechtssätze auf thatsächliche Verhältnisse, wie deren Auffassung unter dem richtigen Gesichtspunkt oft zu gross, als dass der Mangel der Kenntniss der ersteren und unrichtige Beurtheilung der letzteres den Richter wegen *culpa levis* verantwortlich macht) nicht allgemein gelte. Ebenso Heffter a. a. O. S. 99. [217]. Dieser Schluss nun mögte aber nicht nur an sich bedenklich sein, indem ja auch viele andere solche Bestimmungen mit ursprünglich gleicher Tendenz, und im Zweifel alle als gemeinrechtlich anwendbar zu betrachten sind, sondern der ganze Tit. 53. (63. des Koncepts von 1613) scheint vielmehr den Charakter an sich zu tragen, das, was gemeinen Rechtens sei, oder dafür erachtet wurde, auf das R.-C.-Gericht anzuwenden, (s. bes. §. 5. a. E. „gleichwie mit anderen Unterrichtern)" wie ja auch der R.-A. von 1532. *l. l.* ausdrücklich auf das kaiserliche Recht, d. i. das römische, Bezug nimmt, und der cit. Tit. 53. führt doch nur dessen §. 17. weiter aus. Daher sind denn zahlreiche Andere entgegengesetzter Meinung, s. z. B. Linde Proz. §. 181. Bayer a. a. O. S. 175. — Die einander entgegenstehenden Meinungen, deren gegenseitige Begründung und Bekämpfung hiernach nicht weiter im Einzelnen nachgewiesen zu werden braucht, sind nun diese: 1, für die Ansicht, dass der Richter nicht nur *dolus*, sondern auch *culpa*, und zwar *levis*, ganz nach den Regeln vom *damnum injuria datum*, beim Judiziren zu vertreten habe, sind namentlich viele Aeltere, so z. B. *Pufendorff de Culpa* p. 358. A. D. Weber natürl. Verbindl. §. 12. Struben rechtl. Bed. Bd. II. S. 479. Hagemann prakt. Erört. Bd. VIII. S. 93 ff. und die bei diesem Gen. Nur herrscht unter diesen noch die Eintheilung der *c. levis* und *levissima*, welche zweite die drei erstgenannten mit begreifen, der letzte aber leugnet; von Neueren aber z. B. und dann natürlich mit dem richtig gefassten Begriff der *c. levis:* Löhr Theorie d. Culpa S. 195 ff. und Mühlenbruch a. a. O. 2, Für die andere Ansicht hingegen, dass der Richter nur wegen *dolus* und *culpa lata* hafte, erklären sich z. B. Hänel Lehre vom Schadensersatz §. 42. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. II. S. 365. Wening §. 314. Göschen Vorles. §. 626. (schwankend) und Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 740 f. 3, Eine noch weiter gehende Meinung vertheidigt Gottfr. Weber a. a. O., indem er sehr energisch zu beweisen sucht, dass der Richter nur wegen *dolus*, d. h. wissentlichen Unrechts, also wenn er sich zugleich kriminell strafbar macht, „wegen irgend einer *culpa* aber nicht" verantwortlich werde, (S. 10. 23.) und dass hier „der goldne Spruch, *lata culpa plane dolo comparatur*" zu voreilig von den Juristen angewendet worden sei (S. 9. 13 f.). Wider die Begründung dieser Ansicht muss ich hier gleich Folgendes bemerken. Abgesehen davon, ob es möglich wäre, wie der Verf. zuerst versucht, diese Ansicht als „den Vernunftprincipien gemäs" zu rechtfertigen, was hier dahingestellt bleiben kann, da es sich um die Auslegung und Anwendung positiver Gesetze handelt, so ist seinen Argumenten der Beweis nicht gelungen, dass die *culpa lata* von dem hier erwähnten *dolus malus* als ausgeschlossen zu betrachten sei, denn Berufungen, (wegen fr. 1. §. 1. *Si agrimensor etc.*) wie die, „dass das Amt des Richters ein höheres, liberaleres, als das eines *agrimensor* sei, der nur Erdflächen ausmesse, Fässer aiche und dergl.," sind doch eher geeignet, das Umgekehrte, nämlich, dass der Begriff *dolus*, auf eine Handlungsweise des Richters angewendet, den der *culpa lata* so gut wie bei jedem anderen vernünftigen Menschen mit umfasse, erwarten zu lassen. Für Weber selbst beruht der Hauptgrund seiner Ansicht eigentlich in der Erwägung, dass man mit der Unterscheidung der *c. lata* von der *levis*, sobald nun also der durch den Richter Verletzte diesen darauf hin in Anspruch nehme, nicht auskomme, „weil sich hinterher nicht ausmachen lasse, ob der Fehlgriff ein grober oder ein geringer gewesen;" denn das Urtheil des höheren Richters, von individuellen Ansichten darüber abhängig, gebe dafür keinen sicheren Maasstab ab. Allein es braucht wohl nicht darauf noch ausdrücklich hingewiesen zu werden, dass mit diesem Grunde noch viel mehr und zu viel und namentlich auch bewiesen werden würde, dass der Unterschied zwischen *c. lata* und *levis* niemals durch richterliche Entscheidung *in concreto* mit Sicherheit anerkannt werden könne, indem es dafür auch keinen anderen Maasstab als das richterliche Ermessen giebt, derselbe also ganz und gar und in jeder Anwendung unbrauchbar sei. 4, Die Ansichten anderer bereits oben mitge-

teren, ganz abgesehen sogar von der anzuerkennenden Möglichkeit sehr verschiedener Ansichten, dem Richter immer zu einem ihn den dadurch verletzten Partheien verantwortlich machenden Vorwurf gereichen könnte. Die Begriffe der *culpa levis* und *culpa lata* auf die Kenntniss des Rechts und Behandlung und Beurtheilung rechtlicher Angelegenheiten durch den Richter angewendet, entsteht daher die obge-

nannter Neuerer sind aus den angeführten Auffassungen derselben über den eigentlichen Sinn und praktischen Werth der Quellenzeugnisse zu entnehmen; so behauptet Bayer, dass zwar nach R. R. der Richter auch aus *imprudentia* hafte, nach der K.-G.-O. aber nur aus Betrug und Arglist; Hefftter hingegen, dass das R. R. (mit der Unterscheidung der Verpflichtung zur *litis aestim.* bei *dolus*, und zu wirklichem Schadensersatz bei blosser Culpa) vollkommen anwendbar, die für die Reichsgerichtspersonen bestimmten Vorschriften aber, welche diese nur wegen *dolus* verantwortlich machen, nicht gemeines Recht geworden seien; Puchta hält ebenfalls am R. R. in der gedachten Auffassung fest, glaubt aber (den Citaten in den Anmm. nach zu schliessen), dass mit diesem die Reichsgesetze in voller Uebereinstimmung seien. — Kommt es nun darauf an, meine eigene Ansicht in der Kürze zu entwickeln, so glaube ich das ganze Streitmaterial der Hauptfrage unter die folgenden beiden Unterabtheilungen bringen zu müssen: I. ist nach R. R. eine Verantwortlichkeit wegen *culpa levis* überhaupt anzunehmen? Dies hat schon Kritz, über die Culpa nach R. R. S. 110 f., verneint, indem er der Meinung ist, *imprudentia* bedeute nur *culpa lata.* Wenn nun auch nicht gerade das, so bin ich allerdings auch der Ansicht, dass wenigstens in den drei letzteren gleichlautenden römischen Stellen die *imprudentia* als eine solche vorausgesetzt ist, welche der *c. lata* gleichsteht. Den Unterschied für's erste, welchen die Neueren in dem Streben, sich den Worten möglichst anzuschmiegen, in dem Gegenstand der möglichen Verurtheilung, je nachdem der Richter dolos oder kulpos gehandelt, machen, finde ich nicht nur überhaupt nicht, sondern ich weiss auch weder einen Unterschied zwischen *litis aestim.* und wirklichem Schadensersatz (etwa nur *damnum emergens* im Gegensatz zu *lucrum cessans?*), noch würde ich, wenn wirklich in dem pr. *I. d.* für den Fall einer *c. levis* des Richters eine „arbiträre Leistung nach der Stärke des Versehens“ als Klagobjekt vorgeschrieben wäre, dieser Bestimmung die geringste praktische Bedeutung beilegen können, sofern nicht ebenfalls hier an Schadensersatz zu denken wäre. Ich muss daher sowohl diese Unterscheidung als gehaltlos zurückweisen, als verneinen, dass die Stelle dazu Veranlassung gebe. Ist nun so viel ganz gewiss, und von Niemandem m. W. bestritten, (s. nur oben Koch's Ansicht) dass der Richter wegen eines solchen falschen Rechtsprechens, welches ihn kriminell strafbar macht, also in Folge des *dolus* im Sinn von positivem Wollen, (vergl. §. 22.[9]) Nr. 1, 4, sowie auch §. 100.[10] und §. 101.[44]) dem Verletzten zum vollständigen Ersatz verantwortlich werde, — so ist es allerdings nicht unwahrscheinlich, wie schon *Schrader l. l.* (*verb. non proprie*) bemerkt, dass im früheren R. R. der *judex* wirklich nur in solchen Fällen *litem suam fecit.* (*XII Tabb.* IX. 3. *ob rem dicend. pecuniam accep.*) Man musste sich jedoch bald überzeugen, dass hiermit nur das Nothdürftigste bedacht sei, den Anforderungen der Pflicht, das Recht auf Streitfälle zur Anwendung zu bringen, damit aber kein Genüge geschehen sei, sondern, dass das Nichtbefolgen der gesetzlichen Vorschriften aus einem blossen Uebersehen derselben ebenfalls verantwortlich machen müsse; so finden sich denn folgende Beispiele: bei *Macrob. Saturn.* II. 12. ein *litem suam facere* durch gesetzwidrige Verzögerung, bei *Gaius* IV. §. 52. durch *majoris* oder *minoris condemnare*, *cum certae pecun. condemn. posita est*, sowie wenn *taxatio posita est*, *ne pluris condemnet;* endlich ist die Vorschrift in c. 13. §. 6. *de Judic.*, dass, *si judex praetermiserit, victum in expensar. caussa victori condemnare*, *ipse eas de proprio reddat*, offenbar ebenfalls ein *litem suam facere* in dieser Beziehung. S. noch fr. 2. *Quod quisque juris* und *C. Theod.* XI. 36. 2. 16. Demnach kann ich nun nicht nur von dem in fr. 15. §. 1. *de Judic.* vorausgesetzten *dolus malus* die *culpa lata* nicht als ausgeschlossen ansehen, vielmehr würde ja *Ulpian* sonst mit *Gaius* in offenen Widerspruch gerathen, sondern ich sehe auch gar keinen Grund, woraus man zu dieser Annahme gezwungen wäre. Hätte er selbst positive Absichtlichkeit in den Worten: *dolo malo in fraudem legis*, vor Augen gehabt, so ist damit doch die Ausdehnung auf *c. lata* nicht verneint, sondern die Stelle so gefasst, dass diese nicht durchaus als ausgeschlossen

dachte Obligation niemals aus solchen Verletzungen, welche nur durch die unter den ersten Begriff fallenden Handlungen veranlasst sind, sondern ausschliesslich dann, wenn diese dem zweiten angehören. Dagegen ist es für die Entstehung dieser Obligation kein Hinderniss, wenn zur Abwendung der erst noch drohenden Verletzung für den Gefährdeten Rechtsmittel vorhanden sind, wodurch er eine Ab-

zu denken ist. Wäre man aber, um auch das zuzugeben, selbst in die Nothwendigkeit versetzt, den wahren Inhalt des R. R. aus einer Kombination dieser Stelle mit den übrigen, welche der *imprudentia* gedenken, zu ermitteln, so geben sie doch, ohne dass erst ein Widerspruch zu beseitigen bliebe, ebenso wie in vielen anderen ähnlichen Fällen, ein harmonisches Gesammtresultat, nämlich, dass die *imprudentia* mit herzuziehen sei. Diese nun aber ist nach m. E. keineswegs als eine solche zu betrachten, der *culpa levis* zu Grunde liegt, sondern *culpa dolo proxima*, also *lata*. Dafür finde ich zuerst darin einen deutlichen Beweis, dass in Verbindung mit dieser doch urprünglich auf *dolus* gegründeten Obl., bei deren Erwähnung stets mehr oder weniger hierauf zurückgewiesen wird, niemals das Wort *culpa* vorkommt. Woraus soll nun geschlossen werden müssen, dass die hier genannte *imprudentia* eine zur *levis culpa* anzurechnende bedeute? Betrachtet man ferner die in den römischen Quellen aufzufindenden sämmtlichen Beispiele richterlichen Irrthums oder Unwissenheit, so betreffen alle ein solches Uebersehen oder Vernachlässigen rechtlicher Bestimmungen, dass in allen eine *nimia negligentia*, ein *non intelligere quod omnes intelligunt*, angenommen werden darf und muss. Oder was stände entgegen, diesen Begriff auf die Kenntniss und Anwendung von Rechtssätzen zu übertragen? Ich verspaare hierüber augenblicklich das Weitere, um das Resultat meiner Ueberzeugung dahin auszusprechen, dass ich in den gedachten Pandektenstellen für die zur *culpa levis* gereichenden richterlichen Versehen keine Verantwortlichkeit als begründet entdecke, wohl aber dem eigentlichen dolosen Judiziren auch die zur *culpa lata* zu zählenden Handlungen als gleichgestellt erkenne. II. Was hat hieran die Reichsgesetzgebung geändert? Soll hierbei erst die Vorfrage entschieden werden, ob diese überhaupt gemeines oder nur besonderes Recht beabsichtigt habe, so muss ich aus den schon weiter oben erwähnten Gründen mich für das erstere erklären. Dagegen aber muss ich verneinen, dass dieselben nur absichtliches Unrecht und *culpa lata* unter gar keinen Umständen voraussetzen, um die Syndikatsklage als begründet anzuerkennen. Allerdings zählt der §. 6. in den oben herausgehobenen sechs Worten nur solche Motive auf, die gegen den Richter zugleich ein Kriminalverbrechen begründen würden, indessen doch mit dem Zusatz „oder andere dergleichen Ursachen“, so dass gewiss nichts Anderes und auch nicht weniger damit hat ausgedrückt werden sollen, als was §. 5. im Ganzen mit „Betrug und arge List“ bezeichnet; in §. 10. werden diese Begriffe sogar den spezielleren vorangeschickt; ich glaube also soweit Uebereinstimmung mit dem R. R. anerkennen zu dürfen; §. 5. hingegen (s. oben seinen wesentlichen Inhalt) verstehe ich nur von *culpa levis*, und somit erkenne ich auch darin, und überhaupt eine vollständige Uebereinstimmung mit dem R. R. an. Dass nun aber *culpa lata*, wie überhaupt, also in Betracht der röm. Prozessverhältnisse sowohl, als besonders der heutigen von dem *dolus* hier gar nicht ausgeschlossen gedacht werden könne, dafür zeugen folgende Gründe. Vor Allem wird man hoffentlich nicht leugnen wollen, dass denn doch eine grosse und hoffentlich die grösste Anzahl von Rechtssätzen von der Beschaffenheit ist, und die Mehrzahl der Entscheidungsvorlagen in thatsächlicher Hinsicht so einfach, dass dem Richter die Nichtkenntniss der ersteren und ihre Nichtanwendung in den letzteren, oder ein gewisses nachlässiges Verfahren überhaupt zu einer eben so grossen *nimia negligentia* gereicht, wie bei Handlungen und Unterlassungen anderen Inhalts im gemeinen Leben, und in den das Vermögen im Besonderen betreffenden Angelegenheiten und Verhältnissen, die Nichtkenntniss und Vernachlässigung allgemeiner Erfahrungssätze den Begriff der *lata culpa* herstellen. Wer nun hier gar keine Verantwortlichkeit statuirt, der giebt das Interesse der streitenden Partheien der richterlichen Willkühr auf eine solche Weise Preis, wie ein zweites Beispiel im ganzen Recht vergeblich gesucht werden würde. Unmöglich kann das die Absicht einer Gesetzgebung sein, so lange sie es nicht ganz bestimmt ausgesprochen hat, ist daher eine entgegengesetzte Auslegung noch möglich, so muss diese gewiss vorgezogen werden. Da-

änderung der getroffenen Verfügung oder Entscheidung durch den Oberrichter herbeiführen kann, sondern die Absichtlichkeit oder grobe Fahrlässigkeit, Unwissenheit und Versehen wirken hiervon unaufgehalten durchgreifend für sich, sobald der Schaden wirklich entstanden ist. Ob die Verletzung übrigens in Bezug auf streitige Partheiangelegenheiten, also in Prozessen, oder in Zusammenhang mit Handlungen

gegen ist andererseits in dem Detail der Rechtssätze und zumal bei so verwickelten und zusammengesetzten Rechtsmassen, wie sie das gemeine Recht darbietet, und in deren Anwendung auf faktische Verhältnisse, sowie in der Auffassung dieser unter dem richtigen Gesichtspunkt, ein „Versehen, Unfleiss, Irrsal oder Unwissenheit“ so leicht möglich, dass, wenn man noch hinzunimmt, wie ja sogar hier mögliche Meinungsverschiedenheiten, mit ebenso plausibler als divergirender Motivirung, eine sichere Beantwortung der Frage, ob jene Vorwürfe, und also eine *c. levis* begründet seien, völlig ausschliessen, eine Verantworlichkeit des Richters aus *culpa levi* begangenen Versehen, nicht vom Recht aufgenommen werden kann, ohne die äusserste Gefährdung der richterlichen Personen zu wollen, oder die Wirksamkeit der Verpflichtung illusorisch zu machen. Legt nun endlich die P. H. G. O. Art. 150. „dem Richter und Urtheiler auf, — nach seinem besten Verständniss gleich und recht zu richten,“ und erkennt die *Const. Tanta* an, *omnium habere memoriam et penitus in nullo errare, divinitatis magis quam mortalitatis est*, so haben wir, wenn es deren noch bedürfen sollte, auch noch einen wirklichen gesetzlichen Anlehnungspunkt, dass eine Verantwortlichkeit in keiner Weise über das Gebiet der *culpa lata* hinaus ausgedehnt werden darf, dass dagegen allerdings, dieses „Verständniss“ als das eines Richters und Urtheilers, d. i. als ein rechtlich gebildetes, nicht als ein rein individuelles zu verstehen, also überhaupt mindestens ein solches vorausgesetzt zu denken ist, dessen Mangel eine *supina ignorantia* und also *culpa lata* ist. — Bis hierher ist überall nur von dem Richteramt in Anwendung auf eigentliche Urtheile, denen allerdings entscheidende Dekrete gleich zu setzen sind, die Rede gewesen; auch sprechen die Gesetze nur von solchen Fällen. Nach unserer Rechtsverfassung ist aber nicht minder bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit eine Verletzung der dabei betheiligten Personen möglich, und den Umständen nach praktisch ungleich häufiger, als durch eine unrichtige Sentenz, in Betreff deren eine Klage gegen den Richter sogar zu den Seltenheiten gehört. Um die richterliche Verantwortlichkeit hier zu bestimmen, bleibt nichts übrig, als die analoge Beziehung der vorstehenden Sätze. Die Unterscheidung, welche hier Puchta §. 390. zwischen den *actus jurisd. volunt. mixtae et purae* macht, so dass bei ersteren der Richter auch wegen *c. levis*, bei letzteren nur wegen *dolus* und *c. lata* hafte, muss ich wiederum aus denselben Gründen ablehnen, wie die obgedachte vermeintlich römische zwischen der *litis aestimatio* im zweiten und arbiträrer Leistung im ersten Fall. Die Analogie aber halte ich für vollkommen dadurch gerechtfertigt, dass, hingesehen auf den Grund der Verantwortlichkeit bei begangenen Versehen, das Amt des Richters im Wesentlichen hier dem eigentlichen Judiziren in sofern ganz gleichsteht, als er hier wie dort das Recht auf Verhältnisse des bürgerlichen Lebens zur Anwendung bringen soll. — Fragen wir nun endlich noch, in welchem Verhältniss die diesseits vertheidigte und nach selbstständiger Anschauung zu begründen versuchte Meinung über den Umfang der Verantwortlichkeit des Richters zu derjenigen stehe, welche sich, wenn man der Mehrzahl der Rechtslehrer folgt, etwa als die gewöhnlichere, — denn eine solche, welche man eine gemeine nennen könnte, hat es nie gegeben, — bezeichnen darf, so ist sie, wenn auch deren Anhänger meist die *c. levi* begangenen Versehen mit hierher zu ziehen geneigt sind, dennoch in der That von dieser eigentlich nicht verschieden. In sofern diese nämlich theils „den Nachweis eines Fehlers oder Irrthums, wenn es kein grober ist, mit grossen Schwierigkeiten für verbunden erachten,“ s. z. B. Heffter a. a. O. S. 99.[217], ist darin doch m. a. W., da es eines eigentlichen Beweises darüber hier gar nicht bedarf, sondern der künftige Richter des Richters seine Ansicht über den angeblich falsch beurtheilten Fall nach der Sachlage in den früheren Akten aussprechen muss, nicht eigentlich der Nachweis, als vielmehr die nach den weiter oben angedeuteten Beziehungen hin vorwaltende Unmöglichkeit, einen Richter wegen möglicher Meinungsverschiedenheiten über Auffassung und Beurtheilung von Rechtsverhältnissen,

der freiwilligen Gerichtsbarkeit durch richterliche Funktionen im eigentlichen Sinn zugefügt worden, ist einerlei. Inhalt der Forderung des Verletzten ist der ihm durch die Verletzung zugefügte Nachtheil in allen seinen Aeusserungen, also vollständiger Schadensersatz. Für die Haftung des Richters in der Eigenschaft eines Obervormunds bestehen besondere, der Vormundschaftslehre zu überweisende Grund-

und wegen geringfügiger Versehen (*c. levis*) verantwortlich zu machen, selbst anerkannt. Es ist ferner das Streben bei ihnen sichtlich, die Richter nicht zu strenge zu beurtheilen, dies namentlich bei denen, welche einen Unterschied zwischen *c. levis* und *levissima* annehmen, und die Verantwortlichkeit auf die erstere beschränken, s. Hagemann a. a. O. Bd. VIII. S. 93. 97. Bd. III. Nr. 41. Bd. VI. Nr. 61. Bd. VII. Nr. 28. 102. Struben a. a. O. Bd. V. Nr. 123. und wenn man die zahlreichen zerstreut vorkommenden Ansichten über die Verantwortlichkeit des Richters in einzelnen erörterten Fällen, namentlich wegen Versehen bei Handlungen der freiwilligen Gerichtsbarkeit, vergleicht, so mögten diejenigen, welche doktrinell Verantwortlichkeit für *culpa levis* bejahen, schwerlich einen einzigen ihnen zur Entscheidung vorgelegten Fall anders beurtheilen, als die, welche jene verneinen; s. z. B. Struben a. a. O. und die dort gen. Ziegler, Lyncker, Hertius und Hagemann a. d. a. O. *Leyser Med. ad Pand. Spec.* 680. bes. Nr. (2.) 3. 7. a. E. 12—17. Böhmer Rechtsfälle Bd. II. S. 225. Gönner Rechtsfälle Bd. II. Nr. 26. Sintenis Pf.-R. S. 280. und die dort gen. Kind, Gottschalk und Geiger und Glück, u. s. w. — B. Nicht minder bestritten ist die Frage, ob die Verantwortlichkeit des Richters nur eine subsidiäre sei, d. h. ob er nur dann in Anspruch genommen werden könne, wenn andere Rechtsmittel gegen seine verletzende Handlung nicht gegeben sind, und dadurch keine Abhülfe zu erlangen steht, — eine Frage, die mehr auf *actus contentiosae jurisd.* Anwendung leidet, und unter denen *voluntariae jurisd.* nur auf die der *mixta.* Die eine Parthei geht davon aus, dass die Klage auf Schadensersatz nothwendig das Dasein eines wirklichen von der Willkühr des Beschädigten unabhängigen Schadens voraussetze. Demgemäs könne vor Allem, wenn es auf die Rechtskraft einer verletzenden Verfügung ankomme, nicht vor deren Eintritt von einer wirklichen Verletzung die Rede sein, und ebensowenig dann, wenn der Beschädigte sie durch Rechtsmittel abwenden können, dieses aber vernachlässigt habe; denn dieses Unterlassen enthalte eine Einwilligung in die Verletzung. Auch abgesehen hiervon aber könne selbst eine Beschädigung in dem rechtskräftigen Erkenntniss, oder in sofort exequirten Verfügungen, so lange noch nicht als enthalten angesehen werden, als nicht ein Schaden in der That entstanden sei. So Gtfr. Weber a. a. O. S. 35 ff. Aeltere Anhänger derselben Meinung s. bei Struben a. a. O. Bd. II. S. 479. Dieser aber mit zahlreichen dort Genannten ist der entgegengesetzten Meinung, „weil die Subsidiarität nirgends vorgesehen sei; des Richters *dolus* oder *culpa* mindere es nicht, wenn durch ein anderes Erkenntniss die Vollstreckung des ungerechten Spruchs behindert werden könne.“ Derselben Ansicht sind von Neueren Linde §. 181. Bayer a. a. O. S. 176. Heffter a. a. O. S. 98.[212], letzterer mit dem Bemerken, dass sich die ganze Frage darauf reduzire, dass die Schadensklage immer den Beweis schon erfolgter Beschädigung voraussetze, doch dürfe schwerlich der Verletzte die gehörigen Rechtsmittel vernachlässigen, wenn es sich nur um *culpa levis* handle.“ (Wollte man sich etwa, was jedoch m. W. zu diesem Zweck nicht geschehen ist, auf die Bestimmung des fr. 4. §. 7. 9. *de Damno inf.* berufen, um ein Argument daraus zu gewinnen, so würde dies darum erfolglos sein, weil der Municipalmagistrat nur etwas ihm Aufgetragenes ausführen soll, und nicht selbstständig Justiz administrirt und dabei verletzt.) Nach §. 10. der C. G. O. von 1555 Thl. III. tit. 53. ist die Wahl zwischen dem Rechtsmittel und der Syndikatsklage auf eine zwar etwas unklare Weise nachgelassen; die R. C. G.-Prozesslehrer aber bezeugen sie bestimmt als üblich, s. Danz R.-Ger.-Prozess §. 307. Ich muss nun ebenfalls bekennen, dass ich keinen hinlänglichen Grund sehe, aus welchem der Verletzte genöthigt werden sollte, erst alle mögliche ordentliche Rechtsmittel zu versuchen, bevor er die Klage anstellen dürfte. Die obligirende Wirksamkeit der verletzenden Handlung ist davon nicht abhängig gemacht; gesetzt aber, die ordentlichen Rechtsmittel würden angewendet, und, wie vorauszusetzen ist, erfolglos, so muss doch die Beschwerde für ungegründet befunden worden sein, wie soll es also überhaupt jemals zur Syndikatsklage

sätze. — Besteht die richterliche Behörde aus mehreren ein Collegium bildenden Personen, so haften diese solidarisch, nicht das erstere als solches, und also, wenn nicht alle Mitglieder an dem Entstehen der verletzenden Entscheidung oder Verfügung Theil genommen, nur Diejenigen, welche sie erlassen haben [39].

Wegen anderer mit dem Richteramt verbundener Verwaltungshandlungen kann allerdings, gleichwie aus Amtshandlungen anderer öffentlicher Diener ausser den Richtern, ebenfalls eine Verantwortlichkeit gegen die dadurch Verletzten entstehen, allein darüber gehört das Weitere in das Staatsrecht [40].

kommen, sobald nicht die Ausführung der Verfügung unmittelbar folgte, ausser etwa in inappellabeln Sachen, oder wenn der Oberrichter ebenso dolos wie der Unterrichter handelte, — und wann sollte wohl dieser Fall zutreffen? Alle für die Subsidiarität aufgestellten Gründe, namentlich auch der von der dann anzunehmenden Einwilligung, wenn sich der Verletzte eines möglichen Rechtsmittels nicht bediene, in die Verletzung — was ohnehin eine Täuschung ist, da ja die Wirksamkeit des Nichtgebrauchs eben erst in Frage steht, — und dass also der Schaden mit seinem Willen eintrete, was im Besonderen hier darum unrichtig ist, weil es Niemandem zum Vorwurf gereichen kann, wenn er einem Richterspruch gemäs handelt, am wenigsten ihm von dem erkennenden Richter selbst ein solcher daraus gemacht werden kann, — alle Gründe, sage ich, müssen vor der Betrachtung schwinden, dass ja dem Verletzten bis zum Eintritt der Rechtskraft die Verletzung als solche verborgen bleiben, d. h. er von Anfang an und noch lange, ohne dass von Verschuldung seinerseits die Rede sein könnte, in der Meinung, es sei richtig erkannt, sich befinden, und also erst später zu der Einsicht gelangen kann, dass ihm wirklich ein Unrecht geschehen sei, wodurch doch der schuldige Richter nicht befreit werden kann? — Dass übrigens, bei der durch Rechtsmittel ungleich leichter zu erlangenden Hülfe wider ein ungerechtes Urtheil, dem Verletzten diese dringend zu empfehlen seien, anstatt sich auf die Syndikatsklage zu beschränken, wird natürlich Niemand in Abrede sein. S. jetzt auch Schwarze in der Zeitschrift für Rechtspflege u. s. w. in Sachsen, Bd. XI. S. 113 ff. Bd. XII. S. 289 ff. und N. F. Bd. XVIII. S. 75. und Schlayer in der Zeitschrift N. F. Bd. XIII. S. 128 ff. und drei in den Blättern für R.-Pflege in Thüringen und Anhang Bd. V. S. 365 ff. mitgetheilte Erkenntnisse.

[39] S. §. 15. Anm. [53] unter Nr. 3. Bd. I. S. 126. und §. 89. II. C. 3. und 5. s. auch R. C. G. O. a. a. O. §. 10. (Die Urtheiler, so angezeigter Gestalt gehandelt.) Schwarze a. a. O. Bd. XVIII. ist a. M. und will alle Mitglieder haften lassen, vorbehältlich des Regresses an die Urheber der Entscheidung, und beruft sich dafür vorzüglich auf die staatsrechtliche Natur eines Collegii und die Stellung des Privatmanns zu demselben, das ihm gegenüber und nach aussen stets als Ganzes auftrete und dessen geschäftliche innere Einrichtung ihn nicht berühre; die Verpflichtung des einzelnen Mitglieds für die *facta et neglecta* der Kollegen zu haften, folge aus dessen Eintritt in das Collegium, und somit in eine Körperschaft, deren Mitglieder solidarisch verhaftet seien. Geschäftsabtheilungen, Majoritätsbeschlüsse, berühren den Privatus nicht. — Ich kann hierin nichts als Behauptungen erkennen, keine Beweisgründe; Alles ruht auf *petitiones principii*. Mit der „Körperschaft“ hat es hier seine ganz besondere Bewandniss, s. Bd. I. §. 15. cit.

[40] Pfeiffer praktische Ausführ. Bd. II. S. 363 ff. das. auch S. 367. über Veruntreuungen oder Verlust an gerichtl. Depositen und die Handlungen bei Gericht angestellter Hülfspersonen; und vergl. Hagemann prakt. Erört. Bd. III. S. 236 ff. und Rechtslex. Bd. I. S. 754. und die dort Gen. und neuerlich Schlayer a. a. O. S. 120 ff. — Die Frage, ob und in wiefern der Staat für Amtshandlungen richterlicher und anderer Beamten hafte, ist publicistischer Natur: vergl. Pfeiffer a. a. O. Bd. VI. S. 16. und 94 f. und die dort cit. Stellen früherer Bände. Ueber den besonderen Fall, wenn die Gerichtsherrschaft das von ihrem Gericht ertheilte Urtheil gegen sich selbst gelten zu lassen hat, s. Buchka und Budde Entsch. des O.-A.-G. zu Rostock, II. S. 39.

DRITTE ABTHEILUNG.

Obligationen aus zufälligen Umständen.

§. 126.

Obligationen aus Beziehungen gewisser Personen zu einander.

Es ist hier zuvor an die bereits in §. 95. und §. 108. z. A. gemachten Bemerkungen, dass diese dritte Abtheilung der einzelnen Obligationen nur einen negativen Charakter an sich trägt, und dass die meisten ihr aus logischen Gründen zugehörigen aus systematischen Gründen anderen Abtheilungen und Lehren haben überwiesen werden müssen, darum zu erinnern, weil nun hier nur eine geringe Zahl derselben, nämlich derjenigen übrig ist, welche diese Nothwendigkeit nicht trifft. Auch diese stehen unter einander in keiner näheren Verwandtschaft, und sie lassen sich nur etwa nach einigen äusseren Aehnlichkeiten zusammenstellen, wie sie die Ueberschriften der Paragraphen ergeben.

I. Die Verpflichtung zur Bestattung einer Leiche kann verschiedenen mit dem Verstorbenen in gewisser Verbindung gestandenen Personen obliegen, und zwar in dieser Reihenfolge[1]: 1) Demjenigen, welchem unter der Bedingung oder mit der Bestimmung, die Beerdigung zu besorgen, etwas letztwillig hinterlassen, und von dem dieses angenommen worden ist[2]; 2) demnächst ist sie aus der Hinterlassenschaft zu bestreiten, und fällt also auf den Erben[3]; 3) kommt es dabei auf die Beerdigung einer gewesenen dotirten Ehefrau an, so fällt diese Last gleichzeitig mit auf die nun zurückzuerstattende Mitgift, also auf Den, welchem diese anfällt[4], oder wer sie vorläufig noch in Händen hat[5], und zwar werden die Kosten dann verhältnissmässig nach der Grösse der Mitgift und der Erbschaft auf diese beiden Vermögensmassen ausgeworfen[6]. 4) Fehlt es an einer nach dem Bisherigen verpflichteten Person, und befand sich der Verstorbene noch in väterlicher Gewalt, so liegt die Verpflichtung dem Vater ob[7]; 5) war die Verstorbene eine Ehefrau, so

[1] Möglich ist auch, dass der Verstorbene dazu selbst, mit oder ohne Zahlung einer Summe dazu, Auftrag ertheilt hat; hat der Mandatar dann sich der Beerdigung nicht angenommen, so würde er nur im letzteren Fall dem Erben verantwortlich werden, fr. 14. §. 2. *de Religiosis*, (denn s. fr. 12. §. 4. *eod.*) dagegen, wenn er sich der Ausrichtung unterziehen will, dem es verbietenden Erben zu widersprechen berechtigt sein, s. 13. 14. *eod.* — Wäre das Mandat unverbindlich, so würde die hier fragliche Obl. sich wirksam zeigen, fr. 14. §. 15. *h. t.* s. noch Glück Komm. Bd. XI. S. 426. Eine ziemlich verbreitete Ansicht legt auch denen, welche zur Verpflegung eines Verstorbenen verpflichtet waren, resp. wenn es nöthig geworden, gewesen sein würden, die Verpflichtung zur Beerdigung desselben auf, s. Glück a. a. O. S. 417 ff., also Ascendenten und Descendenten gegenseitig, oder wer vertragsmässig oder letztwillig dazu verbunden ist, es lässt sich aber diese Behauptung als ein durch Gebrauch wirklich entstandener Rechtssatz nicht halten.

[2] Fr. 12. §. 4. *de Religiosis*, (fortan unter obiger Zahl I. *h. t.* citirt) dieser kann dadurch auch des ihm Zugewendeten verlustig gehen, was dann der Erbe geltend machen mag.

[3] Fr. 12. §. 4. fr. 14. §. 1. 17. *h. t.*

[4] Fr. 16. 18. 19. 20. *h. t.* Wenn sie nicht ausreicht, sind die übrigen Verpflichteten heranzuziehen, gleichwie die *dos*, wenn der Nachlass dazu nicht ausreicht.

[5] Fr. 17. 29. §. 1. *h. t.*

[6] Fr. 22—27. 30. *h. t.*

[7] Fr. 21. 28. *h. t.*, eine ziemlich verbreitete Ansicht legt auch dem unehelichen Vater die Verbindlichkeit auf, die verstorbenen unehelichen Kinder begraben zu lassen, s. Glück Komm. Bd. XI. S. 417.

ist endlich, in Ermangelung jeder anderen Person, der Wittwer zur Beerdigung verpflichtet[8]. Diese Obligation kann nur dann zur Sprache kommen, wenn die Beerdigung von Jemandem besorgt worden ist, der nicht dazu verpflichtet war, und nun Ersatz seiner Auslagen fordert[9]; dieser also kann sich an die in der vorgedachten Reihe aufgezählten Personen halten[10]. Die Entstehung der Verpflichtung dieser Personen wird auch nicht durch Verbot derselben an denjenigen gehindert, welcher sich der Beerdigung annimmt, sobald nur dieser einen triftigen Grund dazu für sich hat, um sich durch das Verbot nicht abhalten zu lassen[11]; ebensowenig dadurch, dass derselbe sich in der irrigen Meinung befand, selbst dazu verpflichtet zu sein[12]; hätte er freilich sich der Bestattung in der Absicht angenommen, keinen Ersatz, oder keinen vollständigen zu fordern, so kann er, wenn ihm dies später leid wird, nichts dafür verlangen[13]. Inhalt der Forderung sind alle Kosten und Auslagen, welche auf die Beerdigung selbst, einschliesslich des Platzes dazu, verwendet worden sind[14]; nicht jedoch die für Setzung eines Denkmals[15]; indessen ist dabei eine zwiefache Rücksicht zu nehmen, und dadurch eine Beschränkung geboten. Hat nämlich der Verstorbene Vermögen hinterlassen, so darf der Aufwand, welcher soll zurückgefordert werden können, dem Vermögen und dem Stand des Verstorbenen nicht unangemessen gewesen sein, d. h. ein übermässiger Aufwand wird auf das, was als angemessen anzuerkennen ist, herabgesetzt, der für ein zu ärmliches Begräbniss geschehene aber kann gar nicht gefordert, vielmehr darin eine Verunehrung gefunden werden[16]; ist der Verstorbene hingegen vermögenslos gewesen, so ist der Maasstab der Beerdigungskosten von dem Vermögen und dem Stand der verpflichteten Person herzunehmen[17].

II. Von allen übrigen auf gewisse persönliche Beziehungen zurückzuführenden, dieser Abtheilung angehörigen Obligationen gilt die Eingangsbemerkung des Paragraphen; so namentlich muss des Zusammenhangs wegen die Obligation gewisser Personen zur Ausstattung sich verheirathender Frauenzimmer in das Eherecht, die

[8] Fr. 27. §. 2. 28. *h. t.*; wegen des dem Ehemann zu Statten kommenden *beneficium competentiae* s. §. 91. [60].

[9] Ob dieser die Beerdigung in Person ausgeführt hat, oder durch Andere, ist einerlei; der, wem er Auftrag ertheilt hat, hat nur gegen ihn deshalb die Mandatsklage, fr. 14. §. 15. *h. t.* Hat der Erbe Auftrag ertheilt, so steht er mit dem, wer diesen angenommen, ebenfalls in reinem Mandatsverhältniss; wer als dessen *negotiorum gestor* das Begräbniss besorgt hat, hat nicht nur die *neg. gestor. a.*, sondern auch die *a. funeraria*, §. 16. *eod.*, was freilich keine praktische Verschiedenheit hervortreten lässt. Denn die aus der für einen dazu Verpflichteten übernommenen Leichenbestattung entspringende Forderung ist von der aus einer Geschäftsbesorgung im Wesentlichen nur durch die im Text zunächst folgenden Eigenthümlichkeiten verschieden, daher denn die *neg. gest. a.* natürlich immer dann angestellt werden kann, wo diese nicht vorwalten; s. fr. 14. §. 7. 9. *h. t.*, wie denn auch Kosten des Begräbnisses Gegenstand anderer Obl., z. B. der *familiae erciscundae a.*, wenn einer von mehreren Miterben sie verlegt hat, werden können.

[10] Fr. 14. §. ult. *h. t.*

[11] Fr. 14. §. 13. *h. t.*

[12] Fr. 14. §. 11. fr. 32. pr. *h. t.*

[13] Fr. 14. §. 7. 9. *h. t.*, in der ersten Stelle sind Verwahrungen anempfohlen, wo Zweifel zu besorgen seien.

[14] Fr. 14. §. 3. 4. 5. fr. 37. pr. *h. t.* Die Anwendung der *a. funeraria* in fr. 46. §. 2. *h. t.* kann nur eine prozessualisch formelle Bedeutung beigelegt erhalten.

[15] Fr. 37. §. 1. *h. t.*, vergl. hierzu Glück a. a. O. S. 444. [63], 446 ff.

[16] Fr. 12. §. 5. fr. 14. §. 6. 10. *h. t.;* übermässiger Aufwand soll selbst nicht durch einen entsprechenden Willen des Verstorbenen gerechtfertigt werden können. Ausführlich von dem Begriff und Umfang der Leichenkosten handelt Walther in d. Ztschrft. Bd. XVII. N. F. S. 364 ff.

[17] Fr. 21. *h. t.*

zur Ernährung der Kinder oder Eltern in die zweite Abtheilung des ersten Kapitels des folgenden Buchs, die Obligation zwischen Vormündern und Pflegebefohlenen aus der Vermögensverwaltung der letzteren, sowie die der Obervormundschaftsbehörden in das Vormundschaftsrecht verwiesen werden, u. s. w.

§. 127.

Obligationen bezüglich gewisser im Eigenthum oder im Besitz Anderer befindlicher Sachen.

I. Die Obligation auf Vorzeigung einer Sache [1]. Es ist ein Ausfluss der natürlichen Freiheit, Anderen die Besichtigung der in unserem Gewahrsam befindlichen Gegenstände zu versagen. Da aber andererseits möglich ist, dass Jemand in sofern ein Interesse an Vorzeigung gewisser im Gewahrsam Anderer befindlicher beweglicher Sachen hat [2], als er sich zuvörderst von der Identität derselben überzeugen muss, um ein ihm an ihnen selbst, oder vermöge ihrer an den Inhaber zuständiges Recht mit Erfolg wahrnehmen zu können, so ist zu dem Ende eine Obligation anerkannt worden [3], deren nähere Bestimmungen diese sind.

1. Um die Vorzeigung einer Sache verlangen zu können, muss man entweder ein Recht an ihr selbst, also Eigenthum, Niessbrauch oder Pfandrecht zu haben behaupten, oder einen Anspruch auf Wiedererlangung ihres Besitzes, oder auf ihre Zurückgabe wegen geschehener Dieberei oder Beraubung, oder wegen eines an derselben zuständigen Wahlrechts, oder wenn es ein Thier ist, wegen eines von demselben angerichteten Schadens gegen seinen Herrn [4]; endlich ist dieses Verlangen auch dann gerechtfertigt, wenn man eine auf fremdem Stoff geschriebene Schrift einzusehen ein Interesse hat [5]. Diese nothwendige Voraussetzung braucht indessen nicht bewiesen zu werden, vielmehr ist dies in Berücksichtigung des Zwecks der Vorzeigung selbst als unmöglich zu denken, dagegen aber ist, um nicht der Willkühr von der anderen Seite die Thür zu öffnen, der Nachweis erforderlich, dass man genügende Gründe habe, die Vorzeigung zu fordern, wozu denn auch die Darlegung solcher Umstände gehört, aus welchen man sich eventualiter bewogen fühlen muss, die Hauptklage anzustellen; die Beurtheilung dieser Gründe ist dem richterlichen Ermessen anheimgegeben, welches sich hier mit Wahrscheinlichkeit begnügen darf [6]. Es ist daher auch erforderlich, die Beschaffenheit der Sache genau anzugeben [7].

[1] Es wird sich zwar nachher ergeben, dass das blosse Vorzeigen nicht immer allein der Inhalt dieser Obl. ist, doch bildet es den hauptsächlichsten; die Legaldefinitionen von *exhibere* in fr. 22. *de V. S.* (coll. fr. 246. *eod.*) — *est praesentiam corporis praestare*, und in fr. 2. *Ad exhibendum* (unter obiger Zahl *h. t.* citirt) — *facere in publico potestatem*, *ut ei qui agat*, *experiundi sit copia*, drücken dasselbe aus, obwohl der Sinn auch noch den nachher im Text unter Nr. 3. 3, berührten Umstand als Wirkung mit umfasst. — Ueber die Natur der *ad exhibendum a.* s. oben §. 29. Anm. [11] und vgl. Glück Komm. Bd. XI. S. 189 f. — Ich bemerke hier noch gelegentlich, dass ich die Urkundenedition als eine dem Civilprozess im Ganzen zu überweisende Materie betrachte.

[2] Fr. 13. in f. (wegen der Lesart s. Glück a. a. O. S. 177 ff.) fr. 18. (vergl. dens. S. 195 ff.) fr. 19. *h. t.* S. noch fr. 7. §. ult. *h. t.* u. Anm. [5]. Dass nur *res mobiles* hier verstanden werden, ergeben die Legaldefinitionen, die Natur der Sache, und fr. 38. *de Judiciis*, vergl. Glück S. 206 ff. und wegen fr. 9. §. 4. *h. t.* dens. S. 209.

[3] Fr. 1. 3. §. 3—7. fr. 6. *h. t.* fr. 38. *de Judic.*

[4] 1, Fr. 1. 6. 7. §. 1. 2, fr. 3. §. 3. 4. 12. 3, fr. 3. §. 5. 11. 12. 4, fr. 3. §. 7. 5, fr. 3. §. 6. 7. 10. 6, fr. 12. §. 2. *h. t.* fr. 1. §. 6. *de Vi.*

[5] Fr. 3. §. 14. *h. t.* s. Anm. [18]. Weiter reicht die Obl. nicht; fehlt es somit an einem derartigen Interesse, so kann keine Vorzeigung gefordert werden, s. fr. 3. §. 11. fr. 19. *h. t.*

[6] Fr. 3. §. (1.) 9. 11. 13. *h. t.*

[7] Fr. 3. pr. *h. t.*

2. Gefordert werden kann die Vorzeigung von Jedem, wer sie gewähren kann, also von jedem Inhaber der Sache [8], wäre er auch erst nach erhobener Klage wider ihn in den Besitz gekommen [9], und zwar auch unter Umständen, wo er vielleicht nicht weiss und sich auch sofort nicht überzeugen kann, dass er sie innehabe, z. B. bei den ohne sein Wissen vergrabenen oder vermauerten, oder in anderen beweglichen Sachen dergestalt versteckten Sachen, dass sie nicht ohne eine besondere Vorkehrung gefunden werden können [10]. Hierbei hat der Dolus des Inhabers der Sache, wenn er sich durch einen solchen die Vorzeigung unmöglich gemacht hat, eine ganz ähnliche Folge, wie bei angestellter Eigenthumsklage wider Den, der sich arglistig des Besitzes entäussert hat, s. §. 52. I. 2,, d. h. er kann nichts desto weniger auf die Vorzeigung in Anspruch genommen werden [11].

3. Inhalt dieser Obligation ist an sich nur die Vorzeigung. Dieselbe muss da geschehen, wo sich der Gegenstand bei Behändigung der Ladung auf die Klage an den Verklagten befand; verlangt der Berechtigte dieselbe an einem anderen Ort, so hat er die Kosten dazu zu tragen; hat sie aber der Inhaber arglistiger Weise

[8] Fr. 3. §. 15. fr. 4. 5. pr. §. 1. 5. fr. 6. 7. §. 1. 2. *h. t.* Was fr. 12. §. 6. *h. t.* darüber enthält, dass diese Klage nicht wider die Erben übergehe, hat darin seinen Grund, weil nur der Besitz, nicht seine Eigenschaft als Erbe des vorigen Besitzers ihn, um in der Sprache der Prozessdoktrin zu reden, passiv legitimirt; was darin für den Fall gesagt ist, wenn der Erblasser *dolo malo possidere desiit*, ist für das heutige Recht nach §. 29. II. b. 4. aufzufassen.

[9] Fr. 7. §. 4. 6. *h. t.*, nach fr. 8. *eod.* geht auch die gegen den Erblasser angestellte Klage, der nicht besass, wider den Erben mit Erfolg fort, wenn dieser besitzt.

[10] Nach fr. 15. *h. t.* versagt das R. R. in diesem Fall die *ad exhib. a.* indessen *juranti mihi, non calumniae caussa id postulare, vel interdictum vel judicium ita dari, ut* (*praestita cautione damni infecti*) *ne vim facias mihi quo minus eum thesaurum effodiam, tollam, exportem.* Ich sehe jedoch für die heutigen prozessualischen Verhältnisse keinen Unterschied von dem Fall, welcher nachher im Text unter Nr. 3. 1, folgt. Die Erwähnung dieses Falls in diesem Titel, und die Verheissung eines ganz unbestimmt gelassenen, nur als *non iniquum* bezeichneten *judicium*, nöthigt sogar dazu, diese Klage als eine ganz analoge zu betrachten, so dass die *ad exhib. a.* nur versagt wurde, weil die Formel auf jenen Fall nicht passte. — Ich glaubte übrigens die ähnliche Einschliessung beweglicher in beweglichen Sachen nicht ausnehmen zu dürfen, zumal fr. 6. *h. t.* dazu einen direkten Anhaltungspunkt für die Zulässigkeit der zu ergreifenden Maasregel giebt. Gewiss nämlich ist hier in sofern ein Unterschied bei der Durchsetzung zu machen, als nicht eine Verletzung oder Zerstörung der Sache des Anderen nöthig wird. Wer z. B. verlangt, dass der Einband eines Buchs aufgerissen werde, weil höchst wahrscheinlich eine ihm gehörige Banknote hinein versteckt worden sei, der wird dies, wenn der Eigenthümer nichts davon wusste, dass es geschah, diesen nicht dazu nöthigen können; dagegen wird der Antrag keinen Anstand finden, wenn der Kläger behauptet, die Banknote stecke in einem geheimen Schubfach eines verkauften Schranks, welches der Käufer nicht leicht finden kann. Auch für das erste Beispiel scheint zwar aus fr. 15. *d.* eine Analogie hergenommen werden zu dürfen, indessen doch nicht auszureichen, weil das Nachgraben auf fremdem Boden danach ganz gewiss auch nicht in solcher Ausdehnung verstanden werden kann, dass der Suchende nachgerade das ganze Grundstück umwühle, und die Gebäude unterminire, sondern von einem Nachgraben auf einer bestimmt bezeichneten Stelle; es ist mithin die Veränderung mit der an einer beweglichen Sache unvermeidlichen nicht zu vergleichen, und wie soll der Eigenthümer dazu genöthigt werden können, seine Sache zerstören oder gänzlich verderben zu lassen, würde ihm auch voller Ersatz zu Theil? **Buchholtz** in der Rec. dieses Werks in den Lpzgr. krit. Jahrb. 1848. S. 315. glaubt, dass fr. 7. §. 2. *h. t.* einen Beweisgrund für die Bejahung dieser Frage enthalte; mir scheinen indessen die vorgedachten Gründe damit noch immer nicht überwogen.

[11] Fr. 5. §. 2. fr. 9. pr. — §. 3. fr. 12. §. 3. 14. *h. t.* c. 5. *eod.* fr. 11. §. ult. *de R. C.* Wenn dies nicht *dolo malo* geschehen ist, so kann natürlich hiervon nicht die Rede sein, s. Anm. [15].

wo anders hingeschafft, so hat er sie, wenn der erstere die Vorzeigung an dem zuerst gedachten Ort verlangt, auf seine Kosten dahin zurückzuschaffen [12]. Kommt es hiernach zur Vorzeigung, so ist die Sache damit vorläufig erledigt. Ist dieselbe aber aus anzuerkennenden Gründen augenblicklich nicht möglich, so ist eine Zusicherung darüber zu geben, wann sie geschehen solle [13]. Den Umständen nach kann aber der Erfolg der angestellten Klage, wie der Inhalt der Obligation selbst, folgendermaassen sich verschieden gestalten. 1) Steht bei der verlangten Vorweisung eine künftige Klage auf Herausgabe des Gegenstands in Aussicht, und ergiebt sich im Lauf des Prozesses, dass der Inhaber der Sache weder sich selbst ein Recht daran beilegt, noch Dritten gegenüber in Betreff derselben verpflichtet und also in der Verfügung darüber gebunden, und zur Innebehaltung verpflichtet zu sein vorgiebt, noch das vom Kläger als ihm zuständig behauptete Recht bestreitet, so ist damit zugleich Alles das festgestellt, was zur Verurtheilung in der Hauptklage gehört, und somit eine solche sofort möglich. Derselbe Erfolg ist dann möglich, wenn in der Klage selbst schon die Unbestrittenheit des Rechts behauptet und deshalb die Herausgabe beantragt worden ist. In beiden Fällen nimmt also die Obligation in sofern einen eigenthümlichen Charakter an, als der Umstand allein, dass Jemand das Recht eines Anderen an einer Sache, die er inne hat, nicht bestreitet, noch ein eigenes dessen Ausübung modifizirendes Recht behauptet, die Nothwendigkeit zur thatsächlichen Anerkennung des Rechts mittelst Herausgabe der Sache begründet [14].

[12] Fr. 11. §. 1. *h. t.* (der Zeitpunkt der *litis cont.* ist hier so anzuwenden); diese Stelle bespricht alle diese Fälle.

[13] Fr. 5. §. ult. fr. 12. §. 5. *h. t.* §. 3. *I. de Officio jud.*

[14] Zu dem obigen Satz, welcher übrigens keineswegs neu ist, sondern bei Anderen nur doktrinell anders, wie mir aber scheint, etwas unverständlich lautet, (so bei Puchta §. 397. a. E. „Bestreitet der Beklagte das Recht des Klägers nicht, und schreibt sich selbst keines zu, so hat die Exhibition zugleich die Restitution zur Folge,“ — denn wie soll sich das verwirklichen? oder bei Unterholzner a. a. O. S. 147. „Wenn — so kann es sein, dass schon durch diese Klage der endliche Zweck erreicht wird;)“ ist die Grundlage in denjenigen Stellen dieses Titels gegeben, wo die Erlangung der Restitution durch die *ad exhib. a.* erwähnt ist, s. fr. 5. §. 2—5. fr. 9. §. 1. *h. t.* und fr. 25. in f. *de A. E.* bestätigt die allgemeine Zulässigkeit der *ad exhib. a.* für den Fall, *si quis quamlibet rem suam tollere prohibeatur.* Der Ausdruck *suam* in der letzten Stelle, und die Beispiele aller übrigen, ergeben, dass darin vorausgesetzt ist, der Verklagte erkenne das Recht des Anderen an den erwähnten, zum Theil zufällig, zum Theil auf solche Weise in des ersteren Detention gekommenen Sachen an, dass ihrer gar nicht weiter gedacht ist, sie also rechtlich irrelevant gewesen sein muss; machte er ihm nun das Eigenthum, Besitz u. s. w. nicht streitig, sondern nur eine Ausübung, so ist zwar der Fall auch geeignet, mit der Injurienklage verfolgt zu werden, wie die letzte Stelle ausdrücklich anerkennt, (vergl. §. 124. [94]) nur wird hier häufig ein *animus injuriandi* nicht erweislich sein, namentlich also, wenn der Inhaber den Eigenthümer (u. s. w.) nicht will auf seinen Grund und Boden kommen lassen, um den Gegenstand wegzunehmen, oder wenn derselbe Schaden angerichtet hat, (fr. 5. §. 4. *d.*) wofür jener erst Ersatz verlangt, u. s. w. Nun ist zwar das Anerkennen des Rechts eines Anderen illusorisch, wenn es nur mit Worten und nicht in der That geschieht, s. §. 28. z. A., und also die Eigenthumsklage u. s. w. natürlich auch in solchen Fällen zuständig, (nach älterem röm. Prozess: es konnte die entsprechende Formel verlangt werden,) allein einmal lag es gewiss nahe, für solche besondere Fälle das Verhältniss als eigenthümlich gestaltet rechtlich anzuerkennen, und so mag die *ad exhib. a.* als zweckdienlich um so mehr erschienen sein, als sie nur ein *summatim cognoscere* erforderte, also rasch zum Ziel führte. Unter dem praktischen Gesichtspunkt die Sache aufgefasst, wird hier einmal der Inhalt der Klage und das Petitum, und andererseits das *officium judicis* als entscheidendes Moment erscheinen. Da nun der erstere zur Begründung auch nur des Petitums der Vorzeigung, aber mit der erklärten Absicht, zum

2) Wenn ferner die Vorzeigung ungehorsamer Weise verweigert, oder durch Schuld des Verklagten unmöglich gemacht wird, so kommt es zur Verurtheilung auf das Interesse, welches den Werth der Sache für den Kläger umfassen, und worüber er zum Würderungseid zugelassen zu werden verlangen kann, so dass auf diese Weise ebenfalls schon der Zweck der Hauptklage erreicht wird [15]. 3) Ist der Gegenstand mit anderen beweglichen Sachen oder mit einem Gebäude in eine trennbare Verbindung gebracht worden, so ist die Rückforderung desselben sowenig durch die Eigenthumsklage, als durch eine andere durch die Vorzeigung vorbereitet werden sollende möglich, bevor der Gegenstand nicht aus der Verbindung, in welcher er sich befindet, losgetrennt ist [16]; demgemäs umfasst die Vorzeigung hier auch die Nothwendigkeit dieser Lostrennung [17]. 4) Wenn Jemand auf fremdem Stoff eine Rechnung oder überhaupt eine Urkunde niedergeschrieben hat, so kann für ihn von der Eigenthumsklage in Bezug auf den ersteren keine Rede sein, während doch die Schrift darauf das eigentliche Interesse an dem Gegenstand bildet; darin ist ein ausreichender Grund anerkannt worden, die Herausgabe des Dokuments selbst zur Vorzeigung und zu dem sonst nöthigen Gebrauch zu fordern [18].

4. Dass der Verklagte von dem Vorzeigen, wenn es dabei bewendet, keinen Nachtheil haben, und wenn ein solcher eintritt, Ersatz dafür fordern dürfe, auch, wenn die Transportkosten des Gegenstands den Kläger treffen, dieser die Gefahr davon zu tragen habe, versteht sich von selbst [19]; kommt es aber in Folge des Vorzeigens zur Herausgabe des Gegenstands, und ist dieselbe durch einen solchen Zufall in des Verklagten Besitz gekommen, dass sie ihm zugleich einen Schaden zugefügt hat, so kann er auch dafür Ersatz verlangen, und braucht die Sache nicht

Behuf der Anstellung der Hauptklage, die Behauptung des Rechts des Klägers als Voraussetzung enthalten muss, — wozu nur eine etwas allgemeinere Angabe, z. B. also schlechthin, dass man Eigenthümer sei, nicht, wie man es geworden u. s. w., allerdings hinreichen dürfte, als die Klage auf wirkliche Anerkennung desselben erfordert, — so ist nach m. E. das praktische Resultat einerseits eine erweiterte Befugniss des Richters, nämlich *ultra petita* sofort auf Herausgabe zu erkennen, da das Streitmaterial über diese selbst vollständig und reif vorliegt, und zwar gemäs dem prozessualischen Grundsatz, nicht aus einem Prozess einen völlig überflüssigen neuen durch Mangel an einer möglichen vollständigen Entscheidung entstehen zu lassen; — sodann eine Befugniss des Berechtigten, bei Anstellung der Klage in der Klageschrift die fraglichen Umstände (dass der Verklagte des Klägers Recht gar nicht bestreite u. s. w.) mit anzuführen und die Verurtheilung desselben zur Herausgabe zu beantragen, so dass also m. a. W. eine eigentlich eine *rei vind.* u. s. w. enthaltende Klage, welche der Einwand der zu grossen Allgemeinheit treffen würde, durch den Mangel an allem Streit über die Zuständigkeit und Begründung des Rechts zulässig, und in Folge dessen also dem Verklagten nicht aufgegeben wird, dasselbe anzuerkennen, sondern, weil er es schon anerkenne, demgemäs auch zu handeln.

15 Fr. 3. §. 2. *h. t.* (fr. 5. §. 2. *eod.* s. vor. Anm.) §. 3. *I. de Officio jud.* c. 4. *h. t.* S. noch §. 50. Anm. [34].

16 Fr. 6. 7. §. 1. 2. *h. t.*; ausgeschlossen also ist die feste Verbindung, wie Anschweissen, fr. 23. §. 5. *de R. V.* s. §. 50. Nr. III. und das geschehene Verbauen von Baumaterial, s. fr. 6. 7. pr. *d.* Vergl. überhaupt §. 50. bei u. in Anm. [34], Anm. [31], [47] und bes. auch Anm. [52].

17 Vergl. Anm. [1].

18 Vergl. Anm. [5]. In diesem Fall wird nur eine *in factum a.* zugelassen, indessen natürlich analog der *ad exhib. a.* Worin der Zweck des *exhibere* eigentlich hier bestehe, ist nicht näher gesagt, er kann aber kein anderer, als der im Text angegebene sein. Unterholzner a. a. O. S. 145. meint, dass, wenn der Eigenthümer nicht ein ganz besonderes Interesse an dem Behalten der Urkunde habe, er gegen Zahlung des Stoffs zur Abtretung genöthigt werden könne; dieser Eingriff in dessen Rechte scheint mir aber doch etwas zu tief einschneidend.

19 S. auch wegen des *periculum* fr. 11. §. 1. *h. t.*

eher verabfolgen zu lassen[20]. Uebrigens aber richtet sich, wenn die Herausgabe geschehen muss, die Forderung wegen Ersatzes der durch das Vorzeigen gehabten Nachtheile und Kosten danach, ob der Verklagte Besitzer im guten oder im schlechten Glauben war[21], ebenso, wie er in demselben Fall den von Anstellung der Klage auf Vorzeigung an bezogenen Gewinn von der Sache herausgeben, und den durch Verzögerung derselben für den Kläger entstandenen Nachtheil ersetzen, und überhaupt diese in dem Zustand gewähren muss, in welchem sie sich bei Anstellung der Klage gegen ihn befand[22].

Durch die Statthaftigkeit der successiven Klagenhäufung ist die Verbindung der Klage aus dieser Obligation, soweit sie nur die Vorzeigung betrifft, mit der Hauptklage auf Herausgabe der Sache in einem Prozess möglich und gebräuchlich geworden[23].

II. Wenn durch Jemands Thiere ein Schaden angerichtet worden ist, so ist er nicht unbedingt zu dessen Ersatz verpflichtet, sondern es müssen noch besondere Umstände hinzukommen, um eine Obligation dazu zu begründen. 1. Bereits oben ist in §. 125. II. 2) von der Verpflichtung dessen zum Ersatz des durch reissende Thiere angerichteten Schadens gehandelt worden, wer diese an gangbaren Orten hält. Entflieht ein solches Thier ohne Schuld Derer, die es zu beaufsichtigen haben, so steht sein gewesener Eigenthümer auch für nichts, denn er hört dadurch auf, dieses zu sein[24]; fällt ihm aber, oder denen, welchen er die Hütung übertragen hat, dabei etwas zur Last, so haftet er für vollen Schadensersatz[25]. 2. Wenn Jemand Veranlassung gegeben hat, dass Thiere irgend welcher Art Schaden angerichtet haben, oder in der ihm obliegenden Beaufsichtigung und Behandlung nachlässig gewesen ist, so haftet er nach den Grundsätzen der Obligation wegen widerrechtlichen Schadens[26]. 3. Haben zahme oder gezähmte Thiere[27], ohne dass des-

[20] Fr. 9. §. 3. *h. t.* s. auch fr. 5. §. 4. *h. t.*

[21] Dies ist zwar nirgends ausdrücklich gesagt, allein es folgt aus allgemeinen Grundsätzen, und aus den in der f. Anm. cit. Stellen über Herausgabe des bezogenen Gewinns von selbst.

[22] Fr. 9. §. 5. 6. 7. 8. (fr. 10. 11. pr.) *h. t.* §. 3. *I. de Officio jud.*, es ist also, ganz ähnlich wie bei der *rei vind.*, die *caussa rei* zu restituiren. Der Verklagte haftet daher auch von Zufertigung der Klage an für *dolus* und *culpa* bezüglich des Gegenstands, sowie nach Umständen für den Zufall, welcher den Gegenstand nicht betroffen haben würde, wenn er zeitig exhibirt worden wäre, fr. 12. §. 4. *h. t.* S. auch fr. 7. §. 5. *h. t.*, und dazu die Interpr. bei Glück a. a. O. S. 227. Das *damnum injuria datum* hingegen bleibt Gegenstand der besonderen Obl. daraus, fr. 17. *h. t.* Die in c. 7. *eod.* erwähnte *in factum a.* ist auch nur darauf zurückzuführen; vergl. Unterholzner a. a. O. S. 149. [1].

[23] Vergl. Glück a. a. O. S. 211. und die dort Gen.

[24] Fr. 1. §. 10. *de Pauperie* (unter obiger Textnummer *h. t.* citirt).

[25] Fr. 1. §. 5. *h. t.* (wegen des *canis*, der als beissig und böse zu denken ist, s. fr. 40. §. 1. fr. 41. 42. *de Aedil. Ed.*)

[26] Fr. 1. §. 4. 5. 6. *h. t.* fr. 8. §. 1. fr. 52. §. 2. *ad Leg. Aquil.* c. 6. *ej. tit.* fr. 14. §. 3. *de Praescr. verb.* (S. noch Anm. [29] a. E.) Manche lassen für diesen Fall die *a. de pauperie* zu, wenn die *a. Legis Aquil.* wegen Vermögenslosigkeit des Schuldners erfolglos ist, s. Glück Komm. Bd. X. S. 274., aber dies lässt sich nicht begründen. Ueber Konkurrenz der *a. de pauperie* mit der *Legis Aquil.*, wenn Jemand kulpos das Thier nicht selbst zum Schaden anreizte, sondern auf andere Art die *pauperies* veranlasste, s. Zimmern System der Noxalklagen §. 79. 80. Es kommt dann auf verschiedene Auffassung einer *quaestio facti* an, die freilich hier leicht möglich ist; vergl. auch Anm. [29].

[27] Die *a. de pauperie* hat ursprünglich nur auf *quadrupedes* Bezug, nach fr. 4. *h. t.* als *utilis* aber auch auf andere. S. noch Anm. [39]. Den zahmen Thieren dürfen gezähmte wilde, so lange sie sich in gezähmtem Zustand befinden, gleich geachtet werden, vergl. Unterholzner a. a. O. S. 711. [1]). — Es ist hier zu gedenken, dass in dem Sächs. Landrecht Bd. II. Art. 40. für Beschädigungen der Art ein anderer Ge-

halb dem Beschädigten selbst [28], oder irgend einem Menschen eine Schuld zur Last fällt, also aus freiem Antrieb Schaden angerichtet, so kommt es darauf an, ob das Thier auf eine seiner Art gewöhnliche oder ungewöhnliche Weise sich gebehrdet und dergestalt Schaden angerichtet hat. Der erste Begriff ist dann anzunehmen, wenn es durch äussere Umstände zu der schädlichen Aeusserung veranlasst worden ist, z. B. wenn ein Thier von Dem, welchen es beschädigt hat, angegriffen oder gereizt oder auch nur aus Versehen schmerzlich berührt worden, oder durch ein anderes Thier, oder durch einen Zufall in Schrecken gesetzt und scheu gemacht fortstürzend, oder von Schwäche ergriffen, oder stolpernd und fallend, den Schaden gestiftet hat; auch wird hierher der durch Abfressen und sonstige instinktartige Bewegungen eines Thiers entstandene Schaden gerechnet, sobald nur Niemand bei dessen Hütung etwas versehen hat, widrigen Falls dieser verantwortlich werden kann. Den zweiten Begriff bildet aller auf andere Weise und ohne solche Veranlassung von Thieren angerichtete Schaden, namentlich auch durch Tücken und Unarten, die als Ausnahmen und nicht als Regel zu betrachten sind. In Fällen der ersten Art entsteht gar keine Verbindlichkeit zu einer Vergütung des Schadens [29].

sichtspunkt aufgestellt worden ist. Danach soll nämlich der Eigenthümer des Thiers, welches Schaden angerichtet, sobald er es erfährt, sich desselben entäussern, es also dem Beschädigten abtreten, oder („noch hauset noch heget es nicht, noch etzet noch tränket es nicht",) derelinquiren, widrigen Falls wird er zum vollen Schadensersatz unbedingt verbindlich, von welchem ihn der Tod des Thiers auch nicht mehr befreit, s. *Berger Oecon. jur.* Lib. III. tit. 14. th. 3. not. 7. *Wernher Obs. for.* T. II. p. 9. obs. 56. und *Stryk Us. mod. Pand. ad h. t.* §. 6. 7., polizeiliche Verbote möchten jedoch die Ausführung der Dereliktion meist unmöglich machen. — Ueber die deutschrechtliche Pfändung der auf fremden Boden gekommenen Thiere, die nach fr. 39. §. 1. *ad Leg. Aquil.* verboten ist, s. Glück a. a. O. S. 302 ff.

[28] Fr. 2. §. 1. fr. 1. §. 7. *h. t.*

[29] Wenn man die hier eingreifenden Stellen zusammenhält, namentlich: fr. 1. *h. t.* und pr. *I. h. t.*, so lassen die Gegensätze: *in iis quae contra naturam sui generis moventur*, oder *si c. natur.* (*i. e. mansueti animalis*) *fera mota pauper. dedit*, und *genitalis* oder *naturalis feritas, si commota feritate* (d. h. durch einen Ausbruch der Wildheit) *nocuit*, und die Anwendungen davon in den einzelnen §§., — nicht sofort klar hervortreten, was zu dem Einen, und was zum Anderen zu rechnen sei. Manche bezeichnen den Unterschied durch: „eine dieser Thiergattung nicht natürliche Wildheit," so Glück Komm. Bd. X. S. 277. und Puchta §. 393. oder: was Thiere in der Regel zu thun pflegen, und was nicht, so Göschen Vorles. §. 664. Andere schlechtweg durch: „Ungezogenheit, Unbändigkeit, Wildheit, sei es durch Muthwillen, Bosheit oder Schreckhaftigkeit," s. z. B. Unterholzner a. a. O. S. 711. — allein dabei fehlt es doch an einem sicheren Maasstab für die Klassifizirung einzelner Beispiele. Es ist der Natur der Sache nach nicht anders zu erwarten, als dass hier für manche Fragen Zweifel übrig bleiben werden. Dennoch aber halte ich die im Text gegebene nähere Bezeichnung der Begriffe durch eine genaue Erwägung der in den Quellenzeugnissen enthaltenen Beispiele, wann der durch ein Thier angerichtete Schaden nicht in Betracht kommen soll, für gerechtfertigt. Berücksichtigt man nämlich einerseits diese Stellen: fr. 1. §. 4. (*propter loci iniquitatem, — plus justo onerata*) 6. (*instigatu alterius fera*) 7. (*equus dolore concitatus*) 8. (*si alia quadrupes aliam concitaverit*) — und andererseits folgende: fr. 1. §. 4. (*equus calcitrosus, bos cornu petere solitus, mulae propter nimiam ferociam*) 7. (*si quum equum permulsisset quis, vel palpatus esset, calce eum percusserit*) fr. 2. §. 1. und fr. 5. *h. t.* auch fr. 52. §. 2. in f. *ad Leg. Aquil.*, so findet man allemal dann eine *pauperies contra naturam data* als angenommen, wenn das Thier aus sich und ohne eine äussere Veranlassung, sich so zu gebehrden, wie geschehen, den Schaden angerichtet hat. Die Rücksicht auf das innere Motiv und den Trieb zum Schaden zeigt sich in völlig übereinstimmenden Beispielen auch in der Anwendung bemerkenswerth, dass Thiere, welche dazu hinneigen, nach fr. 43. pr. *de Aedil. Ed.* als vitiös im Handel betrachtet werden. Der hiernach mit hereingreifende Gedanke einer Bosheit und Nichtrechtferti-

In Fällen der zweiten Art aber verpflichtet das Thier seinen jederzeitigen Eigenthümer, d. h. den, wer es bei Erhebung des Anspruchs ist, nicht den, wer es zu der Zeit war, wo der Schade geschah[30], zum vollen Schadensersatz, aber mit der Modifikation, dass er dieser Nothwendigkeit durch Auslieferung des Thiers an den Gläubiger entgehen kann, ohne dass darauf etwas ankäme, ob dessen Werth den Schaden deckt; und zwar hat der Richter darauf, dass ihm dies freistehe, von Amtswegen zu erkennen[31]. Gläubiger ist sowohl der, wer den Schaden unmittelbar, als wer ihn mittelbar dadurch erleidet, dass er einem Anderen dafür einstehen

gung des Thiers (vergl. auch Gesterding in der Zeitschrift Bd. IV. S. 267 ff.) lässt sich freilich nicht konsequent festhalten, ohne zu ganz unzulässigen Resultaten zu führen, und es ist denn (obwohl es fr. 1. §. 1. *h. t.* heisst: *Noxia est ipsum delictum*) auch nicht geschehen. Vergl. noch Zimmern Noxalklagen §. 4—27. Wenn ich aber auch das Abfressen, und sonstige Beschädigungen durch Herumlaufen u. s. w. eines Thiers zu den *secundum naturam* desselben geschehenden Aeusserungen zähle, so veranlassen mich dazu diese Gründe. Es ist nicht zu ermitteln, ob die in den Zwölftafeln vorkommende *a. de pastu pecoris* nur wegen mangelnder Aufsicht über das Thier, also wegen Verschuldung irgend Jemands Statt finde, oder auch bei einfacher *pauperies*. Die beiden einzigen ihrer gedenkenden Stellen, die in Anm.[26] zuletzt citirten, ergeben darüber gar nichts Sicheres weiter, als *per arg. e contrario*, dass das Vieh auf fremdem Boden geweidet haben musste. Nun ist allerdings nach *Paul. S. R.* I. 15. 1. der dadurch entstandene Schaden denen beigezählt, weshalb die *a. de pauperie* angestellt werden könne, allein da es unmöglich *contra*, vielmehr nur *secundum naturam* genannt werden kann, wenn ein Thier Nahrung verzehrt, wo es sie findet, und von *commota feritas* dabei nicht die Rede sein kann, so scheint mir der Umstand, dass der *a. de pastu* nicht mehr, und des Wegfressens im Corp. Jur. nicht in Zusammenhang mit der *pauperies* gedacht wird, dafür zu sprechen, dass man die Ansicht des Paulus nicht aufnehmen wollte. Ist man also auf das allgemeine Kriterium hingewiesen, so muss ich danach, wie geschehen, mich entscheiden, und glaube dem Wegfressen noch eine analoge Ausdehnung geben zu dürfen. Verschuldeter Mangel an Beaufsichtigung muss natürlich hier um so mehr verantwortlich machen, je natürlicher die Besorgniss ist, dass das Thier überall da fressen werde, wo es etwas Geniessbares findet. Vergl. Heuser Annalen d. Justizpfl. Bd. I. S. 550. und endlich wegen des Wegfressenlassens übergefallener fremder Früchte auf eigenem Boden des Vieheigenthümers §. 109. Anm. [119] unter Nr. 1). — Vergl. auch Thibaut Vers. Bd. II. Abh. 8. und Zimmern a. a. O. §. 33. Eine eigenthümliche übrigens ganz hiermit übereinstimmende Folgerung ist die, dass, wenn von mehreren mit einander kämpfenden Thieren das eine das andere beschädigt hat, dasjenige, welches angegriffen worden ist, seinen Herrn niemals zum Schadensersatz verpflichtet, sondern nur das angreifende, fr. 1. §. 11. *h. t.* vergl. Glück a. a. O. S. 281.

[30] Fr. 1. §. 12. *h. t.* (*noxa caput sequitur.*)

[31] Pr. *I. Si quadrupes*, fr. 1. pr. *h. t.* Von diesem Recht kann er auch bei erfolgter reiner Verurtheilung zum Schadensersatz Gebrauch machen, so dass es nicht etwa excipirt sein muss. Vielmehr soll der Richter *ex officio* nur mit diesem Vorbehalt kondemniren, s. pr. *I. de Officio jud.* vergl. fr. 1. pr. 5. §. 6. *His qui effud.* fr. 42. pr. *de Furtis*, eine Vernachlässigung kann also dem Verklagten nicht schaden, fr. 6. §. 1. *de Re jud.* Dem widerspricht auch nicht etwa der übrige Inhalt dieser letztcitirten Stelle, denn dass die Exekution nur in die Kondemnationssumme gesucht werden könne, versteht sich von selbst, und von da an hört die Befugniss zum *noxae dedere* auf, fr. 20. §. 5. *de H. P.* Wenn also hin und wieder behauptet worden ist, dass die Kondemnation selbst alternativ geschehen müsse, selbst Zimmern a. a. O. S. 155 ff., so ist das falsch. Der Streit aber, ob (gegenwärtig) alternativ geklagt werden dürfe oder müsse, (s. Glück a. a. O. S. 292. und die dort Gen.) scheint mir ganz fruchtlos; der Kläger wird nicht riskiren, angebrachtermaassen abgewiesen zu werden, mag er eventuell auf *noxae ded.* angetragen haben, oder nicht. Uebrigens reicht der Umfang des zu ersetzenden Schadens ebensoweit, wie beim *damnum injuria datum*, also auch auf mittelbar angerichteten Schaden, fr. 1. §. 9. *h. t.* und auf körperliche Verletzungen eines Menschen, fr. 3. *h. t.*

muss [32]. Das gedachte Recht fällt für den Eigenthümer weg, wenn er böslich geleugnet hat, dass das Thier, welches den Schaden angerichtet hat, das seinige gewesen [33], und wenn er sich arglistig, um dem Prozess aus dem Weg zu gehen, des Thiers entledigt hat [34]. Mit dem Tod des Thiers vor Erhebung der Klage erlischt die Forderung; nicht aber, wenn er erst nach der Einlassung erfolgt, der Verklagte bleibt also dann zum Schadensersatz allein verpflichtet, indem er zeitig von seinem Recht Gebrauch machen und es nicht auf einen Prozess hätte ankommen lassen sollen, dessen Verlauf er entgegen sehen konnte [35]. Ist das Thier nach erhobener Klage von einem Dritten getödtet worden, so kann sich der Verklagte noch durch Abtretung der Schadensklage gegen diesen von der Verurtheilung losmachen [36]. — Hat dasselbe Thier Mehreren geschadet, so kommt es darauf an, wer es zuerst zur Verurtheilung bringt; die Uebrigen gehen leer aus [37]. Von mehreren Eigenthümern des Thiers kann jeder auf das Ganze in Anspruch genommen werden [38]. 4. Eine Verpflichtung gleicher Art tritt dann ein, wenn ein wildes und nicht gezähmtes oder sonst gefährliches Thier unter Umständen Schaden angerichtet hat, wo, nach Nr. 1. und 2. vorher, sein Eigenthümer oder Hüter nicht in Anspruch genommen werden kann; die Voraussetzung, dass es auf ungewöhnliche Weise geschadet habe, würde bei diesen dahin aufzufassen sein, dass die Aeusserungen seiner Wildheit der Natur seines Art zuwider sind [39].

[32] Fr. 2. pr. *h. t.* Vergl. Zimmern a. a. O. §. 74.

[33] S. §. 101. bei Anm. [74].

[34] Fr. 12. 21. pr. *de N. A.*; in diesem Fall hat der Beschädigte die Wahl, diesen oder den jetzigen Herrn des Thiers anzugreifen, s. fr. 24. *eod.*, wenn mehrere nach einander *dolo malo poss. desierunt*, kann jeder belangt werden, fr. 26. §. 1. *eod.*

[35] Fr. 1. §. 13. und vergl. Glück a. a. O. S. 299 f., der Zeitpunkt der römischen *litis contest.* ist nach m. E. hier so, wie geschehen, anzunehmen. Die Zeit der Behändigung der Klage scheint mir zu kurz, indem doch der Verklagte einige Frist zu der Ueberlegung behalten muss, ob er es auf die Klage ankommen lassen soll.

[36] Fr. 1. §. 16. *h. t.*

[37] Fr. 14. pr. *de N. A.*

[38] Fr. 1. §. 14. *h. t.*

[39] Hier ist ein scheinbarer oder wirklicher Widerspruch zwischen fr. 1. §. 10. *h. t.* (Ulpian), welches die Klage bei *feris bestiis* versagt, und §. 1. *I. h. t.* vorhanden, welcher sie ausdrücklich gestattet. Unterholzner a. a. O. S. 711. [1]) ist geneigt, die letztere Stelle von gezähmten Thieren zu verstehen, man müsste sie denn (mit Thibaut a. a. O. S. 192.) nur von Hunden verstehen wollen. Manches in dieser Lehre ist allerdings historisch nicht ganz aufzuhellen, s. Schrader Komm. zu der Instit.-Stelle, Glück a. a. O. S. 279. Möglich, dass Ulpian, unter Rücksicht darauf, dass entlaufene wilde Thiere keinen Herrn mehr haben, übrigens aber unter allen Umständen selten einen Schaden, der *contra naturam sui generis* wäre, stiften werden, wie er ja selbst sagt, *propter naturalem feritatem*, die Klage ganz ausgeschlossen hat; indessen ist doch nicht zu leugnen, dass ein in Jemands Besitz befindliches wildes Thier, welches nicht *ubi vulgo iter fit* gehalten wurde, auch *contra naturam sui generis* schaden könne; hier würde es also an einem Rechtsmittel fehlen, um dem Schaden beizukommen. Dass Ulpian auch das leugnen wolle, während er doch selbst in fr. 1. §. 2. *h. t.* die *a. de paup. ad omnes quadrupedes pertinens* bezeichnet, ist nicht anzunehmen. S. auch noch Zimmern a. a. O. §. 29—31. bes. gegen Thibaut Vers. Thl. II. S. 101. und Glück a. a. O. S. 271 ff., welcher seltsamer Weise die *a. de pauperie* als *utilis* gegen den Herrn, der etwas in seiner Verwahrung versehen, für zulässig hält. — Am kürzesten hilft sich Gesterding über die Schwierigkeit weg, (a. a. O. S. 277.) indem nach ihm: „Ulpian einen starken Misgriff gethan, und unsere guten Juristen sind durch ihn irregeleitet auf einen Holzweg gerathen;“ er nun, „auf die rechte Strasse zurückgekehrt“, hält daher auch die Unterscheidung des Schadens *contra* und *secundum naturam* bei zahmen Thieren für ganz entbehrlich, und erachtet „jeden Schaden, den ein solches (ungereizt) stiftet, für *contra naturam;* auf das Gewöhnliche und Ungewöhnliche komme es nicht an.“

III. Wenn vermöge schadhafter Beschaffenheit der Gebäude oder des Grunds und Bodens eines Anderen, oder einer ihm gehörigen baulichen Anstalt, morscher Bäume u. s. w., ein Einsturz, und durch Herabfall der Trümmer, oder wenn durch zufälliges Verschlagenwerden anderer beweglicher Gegenstände, wie durch Sturm und Sturmsgewalt, auf ein benachbartes Grundstück daselbst ein Schaden erfolgt ist, so kann deshalb von dem Beschädigten kein Ersatz weiter in Anspruch genommen werden, als durch Innebehaltung des Materials oder Gegenstands wider den dasselbe zurückfordernden Eigenthümer, d. h. wenn dieser die Trümmer u. s. w. zurückhaben will, so brauchen sie nur gegen das Versprechen verabfolgt zu werden, dass er vollständig aufräume, und allen schon entstandenen und noch künftig eintretenden Schaden ersetzen wolle[40]; schreitet er nicht dazu, sondern lässt er die Sache auf sich beruhen und giebt die Trümmer auf, so kann der Beschädigte sich nur an diese halten[41]. Wenn dagegen durch Schadhaftigkeit[42] solcher, wie der

[40] 1, Fr. 7. §. ult. *de Damno infecto* (unter obiger Zahl künftig *h. t.* citirt) fr. 24. §. 9. 10. *eod.* coll. fr. 18. *Ratam rem.* 2, Fr. 9. §. 1. 3. *h. t.* fr. 5. §. 1. *Ad exhib.* — Abgesehen von den Fällen dieser zweiten Art, welche eine analoge Anwendung nach Umständen gewiss nicht ausschliessen, (die *tegulae* in fr. 24. §. 4. *h. t.* sind als Trümmer zu betrachten) bewirkt der durch Zufall und Naturereignisse, durch Einsturz u. s. w. entstandene Schaden, keine Verpflichtung zum Ersatz, fr. 24. §. 3. 4. 5. 9. 10. *h. t.*, obwohl beim Abräumen des auf des Nachbars Boden Hinübergefallenen *cautio damni inf.* gefordert werden kann. Der Grund wird darin zu suchen sein, dass rücksichtlich ursprünglich beweglicher Sachen im Gegensatz zu Gebäuden und Grund und Boden und deren Theilen eher eine mangelhafte Verwahrung anzunehmen ist. Wenn darin keine volle Aufklärung anerkannt werden kann, so ist nicht zu übersehen, dass hier die principielle Auffassung zum Theil selbst sehr wankend, (s. z. B. fr. 24. §. 3. *h. t.* — *damnum injuria factum* — s. dagegen fr. 18. §. 4. *h. t.*) theils die Anwendung der Principien mit Sicherheit oft kaum möglich ist; so z. B. soll nach fr. 24. §. 9. in f. *d.* der Schaden, welchen durch Sturm umgeworfene Bäume angerichtet haben, dann als *vitio arborum* geschehen angesehen werden, wenn sie *vetustae* waren; welche faktische Schwierigkeiten können nicht bei der Ermittelung hierüber auftauchen? — S. noch Anm. 43 a. E.

[41] Fr. 6. 7. §. 2. *h. t.*; der letzte Theil dieser Stelle, dessen wegen Hesse, die *Cautio damni inf.* Lpzg. 1841. S. 47., einen durch fr. 8. vermittelten Widerspruch annimmt, betrifft einen anderen Fall, s. Anm. 58.

[42] Der Grund derselben, *vitium*, ist: 1, bei Gebäuden in schlechter Bauart, schlechtem Material, oder im Alter des Gebäudes und seiner einzelnen Bestandtheile zu suchen, fr. 5. §. 1. fr. 6. 7. §. 2. fr. 9. pr. §. 4. 5. fr. 14. §. 2. *h. t.* und viele andere Stellen; 2, bei dem Grund und Boden, d. h. unbebauten Stellen, oder auch dem Grund, worauf ein Gebäude aufgeführt ist, ist an sumpfige oder lockere Stellen u. s. w. zu denken. Die Schadhaftigkeit desselben selbst muss ferner ein *vitium accidens extrinsecus* sein, *quod infirmiores (aedes etc.) reddit*, kein *naturale*, fr. 24. §. 2. *h. t.*, worunter ein solches *vitium* zu verstehen ist, welches in der Beschaffenheit des Gegenstands seinen immerwährenden vorhandenen und wirkenden Grund findet, und nicht von aussen durch menschliche Thätigkeit, oder durch Zufall erst hinzukommt. Vergl. auch Hesse a. a. O. S. 25 ff. Drohende Versandungen also von Seiten eines benachbarten sandigen Grundstücks und dergl. berechtigen nicht zur Forderung der *cautio d. i.*, Anstalten, die diese Gefahr vermehren, aber allerdings. 3, Bei *operis vitium* ist in Ansehung des ersten Begriffs nicht nur an bauliche Anstalten, Anlagen, überhaupt an etwas bereits Gemachtes zu denken, sondern auch an die Arbeit, welche dergl. erst bezweckt, so z. B. wenn der Servitutberechtigte auf dem dienenden Grundstück Handlungen vermöge seines Rechts vornimmt, s. z. B. fr. 30. §. 1. *h. t.* fr. 1. §. 38. *de Aqua cott.* fr. 3. §. 11. *de Itinere actuque*, fr. 3. §. 9. 10. *de Rivis*, oder wenn Jemand auf eigenem Grund so tief gräbt, dass das Nachbargebäude in seinem Fundament, fr. 24. §. 12. *h. t.*, oder wenn durch nachbarliche Feuerstätten ein Haus bedroht wird, fr. 24. §. 7. *h. t.* u. s. w. Vergl. hierüber und über eine entgegenstehende Ansicht, welche nur *opera solo conjuncta* versteht, Hesse a. a. O. S. 29 ff. Vergl. Bd. I. §. 47. 3. e, f,. — Uebrigens bemerke ich, dass, da die

gedachten Gegenstände, oder durch irgend ein Unternehmen Jemands, oder eine von ihm getroffene Vorrichtung oder Veranstaltung und Arbeit, sei es auf seinem eigenen, oder dem diesseitigen, oder einem anderen Grundstück [43], ein Schaden für ein Grundstück und das, was sich darauf und darin befindet, droht [44], welcher nicht als blosse Folge der Ausübung eines Rechts eines Anderen erscheint [45], so kann zuvörderst in Bezug auf solche Unternehmungen und Veranstaltungen Jemands auf fremdem Boden der Fall von der Art sein, dass der davon Betroffene sie sich nur gegen eine Kaution wegen Ersatz des ihm dadurch etwa zugefügt werdenden Schadens gefallen zu lassen braucht; aldann wird der Antrag darauf in der Gestalt eines Einwands wider die anderseits auf solchen Widerspruch zu erhebende Klage erscheinen. In den übrigen Fällen hingegen [46], also in Ermangelung eines anderen Rechts-

beiden ersteren Fälle die hauptsächlichsten sind, im Text des dritten häufig nur durch Andeutung Erwähnung geschehen ist; — wo nichts Besonderes darüber gesagt ist, gilt analog dasselbe, wie von jenen, soweit Analogie möglich ist.

[43] Fr. 19. §. 1. fr. 24. §. 2. 7. 9. 12. *h. t.* fr. 27. §. 10. fr. 30. *ad Legem Aquil.* fr. 40. §. 1. *h. t.*; wegen gemeinschaftlicher Mauern, welche wegen Schadhaftigkeit abgerissen und neu aufgebaut werden sollen, s. fr. 35—37. 39. pr. (*aedificior. nomine quae quisque propria habet, stipulari damni infecti solet. Sed tunc ea cautio necessaria est, quum aut alter solus aedificet, aut alter pretiosiora aedificia habet, et plus damni sensurus sit decidente pariete; alioquin si aequale periculum est, quantum quis vicino praestat, tantum ab eo consequitur*). 43. §. 1. *h. t.* — Wenn Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 714. in Abrede ist, dass schadhafter Grund und Boden mit hierher zu ziehen sei, so weiss ich das nicht mit allen den zahlreichen Stellen zu vereinigen, worin von *loci vitio* im Gegensatz zu den *aedes* die Rede ist; s. z. B. fr. 10. 15. §. 3. fr. 18. §. 4. fr. 24. pr. *h. t.*, s. besonders auch noch fr. 9. §. 2. (*si ex fundo tuo crusta lapsa sit etc.*)

[44] Das Grundstück nämlich muss unmittelbar bedroht sein, und dadurch der Interessent, welcher deshalb nicht Eigenthümer zu sein braucht, s. nachher im Text, und die Anm. [50] ff. Ob dasselbe benachbart ist, oder nicht, d. h. ob ein anderes nicht schadhaftes Haus u. s. w. dazwischen liegt, ist im Ganzen gleichgültig, und unterliegt übrigens der richterlichen Kognition; die Kaution kann dann von den Eigenthümern der beiden Häuser gefordert werden; fr. 13. §. 2. *h. t.*

[45] Diese Beschränkung versteht sich von selbst, s. §. 27. 2. s. auch fr. 24. §. 12. *h. t.* und vergl. Hesse a. a. O. S. 10 f. Der Hauptfall ist immer ein Herübersturz von Trümmern, oder ein Herüberfliegen von Schaden drohenden Gegenständen über die Grenze ohne Schuld und Zuthun des Nachbars, oder ein Vertiefen des nachbarlichen Bodens, so dass dem Grunde der diesseitigen Gebäude dadurch Schaden droht, s. die cit. Stelle. Das Verbauen des Lichts für das Nachbarhaus ist in fr. 26. *h. t.* für kein *damnum* erachtet; in fr. 25. ist es hingegen bejaht. Offenbar gehören beide Stellen zusammen, d. h. sie sind wie eine zu betrachten, und die zweite, an deren Schluss es heisst: *mihi videtur vera esse* (die in fr. 26. berichtete der in fr. 25. angeführten des Trebatius widersprechende) *Proculi sententia*, enthält die Entscheidung zwischen beiden.

[46] Fr. 6. 32. *h. t.* — *inutilem esse damni inf. stipulationem, quo casu damnum alia actione sarciri possit;* vergl. fr. 13. §. 6. fr. 18. §. 2. 4. fr. 20. 23. 32. 33. 34. *h. t.* Nach diesen Stellen kann also z. B. der Miether nicht die *cautio* vom Vermiether fordern, denn er kann *ex conducto* klagen, der Proprietar nicht wegen seines Nachbarhauses vom Usufruktuar, bezüglich des Gebäudes, woran dieser den Ususfr. hat, da zum *uti frui boni viri arbitrio* gehört, dass er *aedes reficiat;* der Miteigenthümer im gleichen Fall nicht gegen den anderen. (Hier scheint fr. 39. pr. *h. t.* einige Schwierigkeit zu machen, es ist aber wahrscheinlich nur davon zu verstehen, dass hier dem Nachbar am angemessensten durch *cautio d. i.* geholfen werden würde, nicht davon, dass er ein Recht habe, sie zu verlangen; s. Hesse 1. Ausg. (die lateinische Dissertation) S. 31 sqq. Ebensowenig kann sie natürlich derjenige verlangen, wer sich selbst helfen kann, z. B. der Miether kann ausziehen, und der Usufruktuar ist sogar zur Reparatur verpflichtet. Dagegen sind eine Anzahl anderer Stellen vorhanden, in welchen die *cautio damni inf.* neben anderen Klagen vorkommt, s. bes. fr. 13. §. 10. fr. 15. §. 34. (fr. 39.

mittels, den Schaden abzuwenden, oder künftig Ersatz dafür zu fordern, steht dem davon Bedrohten das Recht zu, Kautionsbestellung klagend zu fordern, dass für den Fall, wenn das Ereigniss wirklich erfolge, ihm voller Ersatz des dadurch angerichteten Schadens zu Theil werden solle[47]. Sie geschieht in den Fällen von bei-

pr. 43. §. 1.) *h. t.* fr. 18. *de S. P. U.* fr. 17. §. 2. *Si servitus*, fr. 27. §. 10. *ad Leg. Aquil.* fr. un. §. 3. 5. *de Ripa mun.* fr. 3. §. 6. *Quod vi aut clam.* Ueber die Vereinigung dieser Stellen sind verschiedene Versuche angestellt worden. K. A. Schneider d. allgem. subs. Kl. des R. R. S. 89 ff. glaubt, dass hier ein Ueberrest des Streits der Schulen der röm. Juristen vorhanden, und nach justin. R. die Subsidiarität verworfen worden sei. Vergl. dagegen Hesse S. 51 ff., welcher, wie mir scheint, diese Stellen einer gelungenen Erklärung unterwirft, wonach sich als Resultat ergiebt, dass, 1, in den Fällen, wo eine Kaution auf Konvention beruht, natürlich die Zuständigkeit anderer Klagen so wenig ausgeschlossen ist, wie diese eine solche Konvention unmöglich macht; dass 2, wenn um Schutz durch prohibitorische Interdikte beanspruchen zu können, also wegen Unternehmungen auf fremdem Grund und Boden, *cautio damni inf.* vorweg dem Gegner bestellt werden muss, (s. §. 65. III. B. 3, 4, 5,) oder wenn dasselbe nöthig wird, um die *ad exhibendum a.* auf Restitution richten zu können, (s. Anm. [14]), freilich der damit Angegriffene, d. i. der zur Kaution Berechtigte, auch andere Rechtsmittel wegen ihm dabei zugefügten Schadens haben wird, mithin von einer Subsidiarität nicht weiter die Rede sein kann. 3, Es wird also diese letztere Eigenschaft des Rechtsmittels nur für die Fälle in Anspruch genommen, wenn die *cautio propter aedium vel loci vitium* oder eines *operis in suo solo* gefordert werden kann; die diese Fälle betreffenden Stellen enthalten bei genauerer Erwägung theils gar keine Veranlassung zu einem nur scheinbaren Widerspruch und sprechen nur aus, dass, wenn die Sachlage danach ist, auch andere Rechtsmittel mit der Forderung der *cautio damni inf.* in sofern konkurriren können, als damit der ihnen eigenthümliche Zweck erreicht werden kann; theils betrifft die darin erwähnte *cautio d. i.* einen anderen Schaden, als den mit dem konkurrirenden Rechtsmittel zu erlangenden. — Das Erforderniss, dass derjenige, welcher die Kaution fordert, ein *juramentum de calumnia* zu leisten habe, welches dann aber zugleich den Beweis des Rechtsverhältnisses vertrat, weshalb man zu der Forderung interessirt sei, s. fr. 7. pr. 13. §. 3. 12. 13. *h. t.* ist gegenwärtig nach den allgemeinen prozessualischen Grundsätzen über das *juram. cal.* in Verbindung mit der Procedur über eine solche Forderung überhaupt zu beurtheilen. Vergl. auch Hesse a. a. O. S. 21. und die dort Gen. und s. folg. Anm. a. E.

[47] Wie selten auch dieses Rechtsmittel (welches auch zuweilen *actio d. inf.* genannt, worunter aber dann nichts Anderes verstanden wird, s. Hesse a. a. O. S. 17.) nothwendig, und die Obl. also sich praktisch zeigen wird, indem heutzutage meist durch Anrufung polizeilicher Hülfe der Zweck leicht und sicher erreicht werden kann, dass der drohende Schaden abgewendet werde, so ist es doch keineswegs unmöglich, dass die oben vorgetragenen Grundsätze praktisch wichtig werden. Die Eigenthümlichkeit der römischen Procedur ist freilich veraltet, und damit vieles Detail dieser Lehre. Wegen der Geschichte der *cautio damni infecti* s. Hesse a. a. O. Kap. 3. Gegenwärtig hat der Antrag auf Bestellung der *cautio d. i.* die Form und den wesentlichen Inhalt einer Klage, das Verfahren wird summarisch und möglichst schnell zu leiten sein; vergl. dens. S. 21 f. 133 ff. Auch ist es bei dringender Gefahr möglich; hiernach wird denn auch jede Bescheinigung des Rechts zur Forderung der *cautio* (s. bei Anm. [50] ff. im Text) genügen, und nur im Nothfall zu dem *juram. calumniae* (s. vor. Anm. a. E.) zu greifen sein. Kommt es später zur Klage aus der Kaution auf Schadensersatz, so gehört es natürlich zu dem Begriff des Schadens und des Interesses für ihn, dass der Kläger sein angebliches Recht an der beschädigten Sache vollständig beweise. Hier sind provisorische Verfügungen wie bei anderen Baustreitigkeiten leicht zu erlangen; — s. §. 124. Anm. [58] und [59]. Vergl. jetzt auch Bachofen Pfandr. S. 363. Schäffer im Arch. f. prakt. R.-W. Bd. II. S. 272 ff. Reinhardt im Arch. Bd. XXX. S. 225. u. Hesse's neue Bearbeitung seiner Schrift unter dem Titel: über die Rechtsverhältn. zwischen Grundstücksnachbarn, Eisenberg 1859. S. 1—179. und 2. Bd. 1. Abthl. S. 45. Hier sind namentlich Beispielsfälle mitgetheilt aus der Anlage moderner Bauten und industrieller Unternehmungen in grös-

den Arten durch ein blosses Versprechen, welches also die Obligation zum Schadensersatz erst herstellt [48], wenn jedoch derjenige, welcher sie zu bestellen hat, nicht Eigenthümer, oder doch diesem gleich zu beurtheilen ist, sondern vermöge einer anderen Berechtigung das Grundstück besitzt, oder, wenn sie wegen Unternehmungen auf fremdem Boden zu leisten ist, die nicht vermöge einer Servitutberechtigung geschehen, so ist Realkaution erforderlich [49]. Zur Forderung dieser Sicherheitsbestellung ist nicht nur der Eigenthümer des bedrohten Hauses u. s. w. berech-

serem Styl, die auf den Bodenwerth benachbarter Grundstücke (wohin auch Wässer gehören können) selbst nicht weniger, wie dadurch auf dessen, resp. der darauf bereits bestehenden Gebäude u. s. w. Benutzung von Einfluss sein können, wie: Erschütterung, Lockerung oder Druck durch Anlage und Betrieb von Eisenbahnen, von Fabriken und Hüttenwerken, Kohlen- und Ascheauswurf und Ausflug, oder Ausströmen von Dämpfen und Niederschlag solcher daher u. s. w. Je reicher die Kasuistik ist, desto erklärlicher sind Meinungsverschiedenheiten, auch darüber, ob in solchen Fällen die Negatorienklage statthaft sei. S. 47. Anm. [31], §. 52. Anm. [56]. Speziellere Regeln hier aufstellen zu wollen, ist äusserst misslich; entschieden aber muss eine „allgemeine Unbilligkeit des Schadens, den der Nachbar erleiden würde," als ausreichender Grund zur Klage beanstandet werden. Es wird stets auf die bei Anm. [45] aufgestellte Voraussetzung, resp. in Vergleich mit dem Satz in §. 47. bei Anm. [31], ankommen, deren Beurtheilung im Einzelfall freilich mannigfachen Schwierigkeiten begegnen wird.

[48] Nach R. R. ist dieses die *a. ex stipulatu* aus der Kaution, fr. 1. §. 2. *de Praetor. stipul.* fr. 15. §. 1. *h. t.* Was den Umfang des Schadens betrifft, so umfasst die Obl. nicht nur den positiven Schaden, auch einschliesslich der erst nach der Kaution in ein Haus eingebrachten Mobilien, fr. 18. §. 6. *h. t.* und einschliesslich der Kosten für ergriffene Vorkehrungen und Maasregeln zur Abwendung des Schadens, fr. 28. *h. t.*, sondern auch entgehenden Gewinn; (fr. 26. *h. t.* widerspricht dem nicht, sondern dort ist nur gesagt, dass in dem Verbauen des Lichts dem Nachbar gar kein Schade zugefügt werde, weil er bisher nur *veluti lucrum* genossen habe; vgl. Anm. [45]), so durch entgehende Nutzungen, *emigratio inquilinorum propter metum*, *reditus amissos* u. s. w. fr. 28. 29. 37. in f. 39. §. 2. in f. fr. 43. §. 1. in f. *h. t.*, also *quanti res erit*, fr. 5. §. 2. fr. 18. §. 10. fr. 28. *h. t.* Die in fr. 15. §. 31. 32. *h. t.* erhobenen Fragen, *ex quo tempore damni ratio habeatur*, *utrum ex quo tempore in possessionem ventum est*, *an vero ex quo Praetor decreverit*, deren Beantwortung wegen auf die Umstände verwiesen wird, mögte unter Rücksicht auf die heutige Gestaltung der *missio* (s. Anm. [60]) dahin zu erledigen sein, dass, wenn der Verklagte ungehorsam wird und bleibt, und die bei Anm. [60] erwähnte Folge eintritt, dieselbe auf allen von Anbringung des Gesuchs an entstandenen Schadens zu erstrecken ist, denn s. die drei letzten Stellen der Anm. [58]. Dagegen soll bei dem zu ermessenden Umfang des Schadens keine *infinita* oder *immoderata aestimatio* geschehen, und *immoderata luxuria non est subsequenda*; fr. 40. pr. *h. t.* in Vergleich mit fr. 13. §. 1. *de S. P. U.*, es sind also verdorbene oder beschädigte Luxusgegenstände, Zierrathen und Kostbarkeiten nicht zu ersetzen. Vergl. überhaupt Hesse a. a. O. S. 95 ff.

[49] Fr. 7. pr. *h. t.*; nicht dem Eigenthümer gleich steht der Superficiar, dieser soll *satisdare*, fr. 9. §. 4. *h. t.*, was denn nach fr. 15. §. 26. *h. t.* vom Emphyteuta auch gelten muss; ebenso der Usufruktuar, §. 5. *eod.*, der besitzende Pfandgläubiger, fr. 11. *h. t.*, wohl aber der *b. f. possessor*, fr. 13. pr. und der, welcher eine Prädialservitut ausübt, und die dazu erforderlichen Vorrichtungen *in alieno solo* macht, z. B. *aquae ducendae caussa*, §. 1. *eod.* *quodammodo enim de re sua cavet*; wegen des *opus in publico solo* s. fr. 15. §. 2. in f. 6. 9. *h. t.* Der Grund, warum in den erwähnten Fällen Realkaution geleistet werden musste, war wahrscheinlich der, dass in ihnen die *missio in possess.* nicht mit vollem Erfolg, oder gar nicht (bei manchen *operibus*) möglich war, die Realkaution also zugleich ein Objekt zu Exekution darbot. S. übrigens deshalb noch Hesse a. a. O. S. 89 ff. bes. auch wegen des cit. fr. 9. §. 4. *h. t.* — Vgl. überhaupt §. 35. I. von dem dort aufgestellten Satz, bei Anm. [21], dass jetzt die Realkautionen zur Regel erhoben seien, bildet also die des Eigenthümers und wer ihm gleich geachtet wird, eine Ausnahme.

tigt[50], sondern auch der Emphyteuta und Superficiar[51], der, wer eine Servitut[52] oder ein Pfandrecht daran[53], oder wer es gemiethet[54], oder wer die dasselbe treffende Gefahr zu tragen hat[55]. Gerichtet werden kann sie andererseits, soweit sie wegen Schadhaftigkeit von Grundstücken gefordert wird, ebenfalls nicht nur gegen den Eigenthümer des Grundstücks, von welchem die Gefahr droht, und wer diesem gleich zu achten ist, sondern auch von Jedem, wer dasselbe vermöge eines Sachenrechts besitzt[56]; bei Bauten, Unternehmungen, Anstalten und Vorrichtungen, geschehen sie auf eigenem oder auf fremdem Grund und Boden, kann die Kaution von Jedem verlangt werden, wer dieselben im eigenen Namen vornimmt[57]. Wenn der Beschädigte jedoch durch irgend ein triftiges Hinderniss davon abgehalten worden ist, die Kaution zeitig zu fordern, oder er sie bereits beantragt, der Richter aber noch nicht darauf verfügt hat, ihm also keine Nachlässigkeit darin zur Last fällt, so kann er auch, nachdem somit der Schade schon eingetreten, von dem Besitzer des eingestürzten Gebäudes u. s. w. klagend verlangen, dass er entweder Alles hinwegräume und allen geschehenen und künftigen Schaden ersetze, oder ihm das ganze Gebäude u. s. w., soweit es noch steht, abtrete[58]. Ebenso steht letzterem

[50] Fr. 5. §. 2. fr. 18. pr. 19. pr. fr. 39. §. 2. *h. t.* S. überhaupt Hesse a. a. O. Kap. 8. Wenn nun den oben im Text folgenden Personen die *cautio* zu fordern zusteht, so muss der Widerspruch zwischen fr. 11. und 13. §. 9. *h. t.* befremden, wonach dies für den *bona fide emtor* zweifelhaft scheint; es ist daher hierüber viel Streit gewesen. Beide Stellen sind zwar nothdürftig so zu vereinigen, dass in der zweiten der widersprechenden Meinung Marcell's nur noch im Vorübergehen gedacht wird; vergl. Hesse a. a. O. S. 72 ff., doch lässt sich die Verneinung für den *b. f. possessor* so erklären, dass es schon feststehe, dass ein Anderer *dominus* sei, und dieser dann nicht solle *ex stipulatu* klagen können, indem die Stipulation in der Voraussetzung, dass er Eigenthümer sei, eingegangen wurde. — Wegen des Beweises der rechtlichen Eigenschaften, welche zur Forderung der *cautio* ermächtigen, s. Anm. [47] a. E.

[51] Fr. 13. §. 8. fr. 19. pr. fr. 39. §. 2. *h. t.*

[52] Fr. 5. §. 2. fr. 13. §. 8. fr. 19. pr. *h. t.*

[53] Fr. 11. 19. pr. *h. t.*

[54] Fr. 13. §. 5. (*et qui cum his morentur*) fr. 18. §. 3. fr. 21. *h. t.*

[55] Fr. 18. pr. *h. t.*, §. 7. *eod.* die ff. §§. betreffen besondere Fragen über die respektive Befugniss des *emtor* und *venditor ante traditionem;* die *stipulatio* des ersteren kann nur von dieser an, die des letzteren bis dahin von Wirksamkeit sein. Es liegt also darin für ersteren eine Abweichung von dem allgemeinen Satz des pr. der Stelle, die dadurch im möglichen Erfolg ausgeglichen wird, dass der *venditor custodiam et omnem dilig.* zu prästiren hat, wozu die nöthige Forderung der *cautio* gehört; darum soll denn der Käufer wiederum auch *ante tradit.* mit Erfolg stipuliren können, *quum omnis culpa a venditore aberit, veluti si precario emtori in his aedibus esse permisit, custodiamque ei abfuturus tradidit.*

[56] S. die Stellen der Anm. [49], vergl. Hesse a. a. O. S. 82 ff. auch darüber, wie je nach dem *propter soli* oder *aedium vitium* der Proprietar oder Niessbraucher als verpflichtet anzusehen ist; es genügt aber, wenn es entweder der Eigenthümer, oder einer der letzteren thut, s. fr. 9. §. 4. 5. fr. 10. *h. t.* — *Cum inter aedes meas et tuas sint aliae aedes non vitiosae, — ambo cavere debent, quia fieri potest, ut aedes vitiosae in aedes non vitiosas incidentes damnum mihi dent etc.* fr. 13. §. 2. *h. t.*

[57] Fr. 30. pr. §. 1. (vergl. Anm. [49]) fr. 24. §. 6. *h. t.*

[58] Fr. 7. §. ult. fr. 8. 9. pr. 15. §. 28. fr. 44. pr. *h. t.* (nach der letzten Stelle vertritt eine vergebliche Privataufforderung den gerichtlichen Antrag hierin nicht), s. auch fr. 4. §. 3. *Ne vis fiat ei etc.* Wenn die ersten Stellen von *totas aedes pro derelicto habere* sprechen, so muss zwar dasselbe auch von dem Grund und Boden gelten, von welchem ein Theil herabgestürzt ist; wenn aber in Fällen der ersten Art freilich das bestimmte einzelne Gebäude als Gegenstand der nothwendigen Aufgebung erscheint, so wird, wenn in denen der letzteren Art das Grundstück, z. B. ein höher gelegener durch eine eingestürzte Grundmauer theilweise herabgefallener Weinberg, von solcher Ausdehnung ist, dass sein Werth den Betrag des Scha-

frei, wenn die Kaution vor dem Einsturz gefordert wird, dieser durch Abtretung des Gefahr drohenden Gebäudes u. s. w. zu entgehen. Die Kaution braucht zwar nicht auf unbestimmte Zeit bestellt zu werden, sondern mit Berücksichtigung der Umstände nur auf eine bestimmte Frist, dauert indessen nach deren Ablauf die Gefahr fort, so kann auf Erneuerung derselben angetragen werden [59].

Weigert sich der darauf in Anspruch Genommene der Kautionsbestellung, und ohne das Gebäude u. s. w. zu derelinquiren, oder sein Unternehmen aufzugeben, so würde er da, wo er ohne Kautionsbestellung mit dem letzteren nicht fortfahren darf, durch die betreffende Klage genöthigt werden können, bis dahin davon abzustehen; wo aber die Sachlage nicht von der Art ist, also der Betheiligte kein anderes Rechtsmittel hat, würde das Unterliegen in dem darüber erhobenen Prozess dahin führen, dass durch richterlichen Ausspruch erklärt wird, dass die Kaution für bestellt zu erachten sei, worauf dieselben Folgen eintreten, als wäre sie wirklich bestellt [60].

Es ist nach dem Voranstehenden möglich, dass mehrere Personen mit verschiedenen oder auch mit gleichen Berechtigungen an dem bedrohten Grundstück in den Fall kommen, die fragliche Kaution zu fordern, und umgekehrt können der Eigenthümer des Grundstücks u. s. w., von dem die Gefahr droht, mehrere sein. Im ersten Fall muss jeder für sich sorgen [61], im letzteren Fall muss und kann gegen jeden der Anspruch nach Verhältniss seines Antheils geltend gemacht werden [62]; tritt wirklich ein Schaden in Folge der geklagten Ursache ein [63], so kommt im ersten Fall natürlich nur das Interesse jedes einzelnen in Anschlag [64], im zweiten

dens übersteigt, gewiss nur ein so grosser Theil dieser Nothwendigkeit unterliegen, wie zum Ersatz des Schadens erforderlich ist.

[59] Fr. 7. pr. fr. 13. §. ult. fr. 15. pr. *h. t.;* ist der Endtermin vergessen worden, so kann der, welcher die Kaution bestellt hat, auf deren Aufhebung antragen, sobald die Veranlassung dazu weggefallen, wie ihm dies unbedenklich auch freistehen muss, wenn dies schon innerhalb der Frist zutrifft.

[60] Hier fand nun nach R. R. bei *loci* und *aedium vitium* die *missio ex primo* und nachher *ex secundo decreto* Statt, s. §. 35. II. Bd. I. S. 357 f., welche Maasregeln eine grosse Anzahl von weiteren Bestimmungen nöthig machten, s. darüber Hesse Kap. 11. S. 108 ff. Bei *operibus* aber waren andere Zwangsmittel erforderlich, weil von keiner *missio* die Rede sein konnte; diese konnten sowohl in Versagung des *Int. prohibitorii* bestehen, so lange keine *cautio* bestellt wurde, s. Anm. [46], theils in der *o. novi nunciatio*, fr. 1. §. 17. *de O. N. N.*, theils in dem *Int. Quod vi aut clam*, *arg.* fr. 3. §. 6. *Quod vi* (vergl. dens. S. 107 f.). An Stelle der Missionen ist in der Anwendung des R. R. das im Text gedachte Surrogat getreten, s. Stryk *Us. modern. ad h. tit.* §. 6. 7. (der jedoch ein Beispiel eines Territoriums anführt, wo *immissio* elektiv üblich geblieben), Hesse S. 21 f. und 123 ff. 136. Anstatt dessen kommt auch, besonders vermöge der angerufenen polizeilichen Hülfe, oder im Weg eines Provisoriums, sofortige Auflage vor, der Beschwerde abzuhelfen; wird keine Folge geleistet, so ist, wenn Schaden eintritt, dadurch ebenfalls Anspruch auf Ersatz begründet; s. Curtius Handbuch des Sächs. Civilr. Thl. III. S. 231. Rücksichtlich der wegen *opera* drohenden Gefahr hingegen sind die Verhältnisse ungeändert geblieben.

[61] Fr. 27. *h. t.* — *sine adjectione partis, quia de suo quisque damno stipulatur; quin immo pars adjecta partis partem faciet.*

[62] Fr. 27. *h. t.;* über den Fall, wenn das Eigenthum an dem Gefahr drohenden Gebäude zwischen Mehreren streitig ist, s. fr. 7. pr. 22. §. 1. fr. 31. §. 1. fr. 39. §. 1. *h. t.*, hier soll der dermalige Besitzer durch Bürgen caviren, aber bedingt für den Fall, wenn er das Eigenthum nicht durchsetzen sollte.

[63] Fr. 24. §. 2. sqq. fr. 43. pr. *h. t.;* wiederholt sich der Schaden, so kann wiederholt dafür Ersatz gefordert werden.

[64] Fr. 5. §. 1. 2. *quod cujusque intersit*, (der erste §. ist für die obige Frage unter dem Gesichtspunkt des heutigen Rechts, s. Anm. [60], — modifizirt) fr. 40. §. 2. (*damnum in partem datum*) *h. t.*

würde durch eine gemeinschaftliche Verpflichtung aller Betheiligten eine Solidarobligation eintreten, weshalb dieselben nur zu deren Uebernahme je nach ihren Antheilen gehalten sind[65].

FÜNFTES KAPITEL.

Die Uebertragung der Forderungen auf andere und die Uebernahme der Verpflichtungen anderer Personen.

§. 128.

Die Cession.

Bei Anfang dieses Kapitels ist auf den seinen Gegenstand im Allgemeinen betreffenden Inhalt des §. 102. Nr. II. A. zurückzuverweisen.

Was demnächst die Uebertragung der Forderungen betrifft, so ist zuerst daran zu erinnern, dass deren Zweck sich durch Delegation erreichen lässt, s. §. 105. S. 459., indessen endet hierdurch die bisherige, und es entsteht eine neue Obligation, und überhaupt reicht sie schon darum zur Befriedigung des Bedürfnisses für den Verkehr, die Forderungen als Vermögensstücke leicht disponibel und gewissermaassen beweglich zu machen, und dadurch ihnen einen neuen Werth zu verleihen, nicht aus, weil sie die Zuziehung und Zustimmung des Schuldners mit erfordert. Diesen Zweck erreicht aber das hier näher zu erörternde Institut der Cession.

I. Die Cession ist die Abtretung einer Forderung mittelst Uebertragung der Ausübung derselben von Seiten des Gläubigers an einen Dritten für dessen eigene Rechnung[1]. Ist nämlich zwar auch eine Abtretung im eigentlichen Sinn, eine Ver-

[65] Fr. 27. 40. §. 3. *h. t.*; die zweite Stelle setzt ohne Zweifel das als geschehen voraus, was die erste als Vorsicht anempfiehlt.

[1] Da es im heutigen Recht ganz zurücktritt, dass das Mittel dazu eigentlich *mandatum in rem suam* des Gläubigers an den Dritten ist, wodurch es im R. R. möglich wurde, die Forderung eines Anderen einmal überhaupt, und sodann im eigenen Interesse auszuüben, indem der *procurator* durch die in der Litiskontestation und der ihr darin gleichstehenden Denunciation enthaltene formelle Novation, — c. 13. *de Novat.* fr. 20. §. 6. (*v. Petitam etc.*) *de H. P.* und fr. 29. *de Novat.* — *dominus litis* wurde (s. §. 102. Anm. [137]), so müssen auch die hiernach charakterisirten Abstraktionen und Konsequenzen daraus diese Färbung ablegen; an Stelle des Mandats also ist jetzt einfach der Vertrag, das Uebereinkommen zwischen dem Cedenten und dem Cessionar, getreten. Doch ist allerdings auch schon nach R. R. keine besondere Form für das Mandat nöthig, vielmehr ist ein solches in dem die *caussa* der Cession bildenden Geschäft enthalten, sobald beabsichtigt war, dass dasselbe sofort realisirt werden solle. Es ist daher auch nicht erforderlich, die Unterschiede hier näher darzulegen, welche zwischen dem Cedenten als Mandanten, und dem Cessionar als Mandatar, vermöge des *mand. in rem suam*, im Vergleich zum gewöhnlichen Mandat hervortreten, (s. z. B. fr. 55. *de Procurat.* Vergl. über die römischen Beziehungen bes. Mühlenbruch Cession S. 41 ff. 47 ff. 73 ff., über den Begriff der Cession dens. S. 220 ff. und über seine Literärgeschichte und die Kritik der älteren Ansichten, S. 201 ff. (3. Aufl.) — Betrachtet man die Cession nur von der äusseren Seite, so passt eigentlich die Definition des Texts nicht auf die Fälle der sog. *cessio legis*, s. unten II. b. die zweite Klasse, allerdings aber ist sie im Wesentlichen auf dieselbe Anschauung gegründet. An die Definition selbst knüpft sich die schon in §. 102. Anm. [132] erwähnte Opposition Neuerer an, welche darauf dringt, „die Forderung selbst" als durch die Cession dem Cessionar „zu eigen

äusserung der Forderung vermöge der Natur der Obligationen nicht möglich, so wird doch eine solche in der That auf diese Weise dadurch erreicht, dass, unbeschadet der Substanz der Obligation, ein Anderer an des Gläubigers Stelle tritt, mithin thatsächlich die Forderung erwirbt. Es bedarf dazu weder des Wissens noch der Einwilligung des Schuldners der abgetretenen Forderung, selbst sein Wider-

geworden" zu betrachten. Vergl. Arndts Pand. §. 254. Anm. 4. Ueber die Hauptsätze der ganzen Lehre selbst ist man dabei demungeachtet einverstanden. Liessen sich bereits entstandene, nicht wenige Kontroversen und sonstige, zum Theil noch nicht theoretisch erörterte, Fragen je nach der Verschiedenheit dieser Anschauung sicher entscheiden, so wäre der Streit mehr als Wortstreit. War er bisher wirklich fast ohne praktischen Erfolg, so hat doch O. Bähr in der a. a. O. genannten Abhandlung es unternommen, ein bedeutendes Detail von Fällen unter dem Gesichtspunkt der von ihm vertheidigten Theorie vom Wesen der Cession zu betrachten und zur Lösung zu bringen. Inzwischen giebt er von vornherein zu, dass im gewissen Sinn beide Theile Recht haben (S. 360.). Während er nämlich zwar mit der von Mühlenbruch begründeten Theorie principiell davon ausgeht, „dass der Cessionar dem *deb. cessus* gegenüber sich gefallen lassen müsse, nur als prozessualischer Vertreter des Cedenten angesehen zu werden", (S. 361. 411. 445.) behauptet er dagegen, „dass zwischen Cedenten und Cessionar dieses Repräsentativverhältniss veraltet sei. Schon im R. R. habe sich zwischen diesen die Cession dahin entwickelt und sei im heut. R. zur Vollendung gelangt, dass sie ein neues selbstständiges Rechtsgeschäft geworden sei, (S. 360.) welches das Klagrecht aus einer Forderung zum Gegenstand des Verkehrs erhoben habe, und nunmehr dasselbe, wie durch Tradition das Eigenthum einer Sache, aus dem Vermögen des Cedenten in das des Cessionars übertrage. Auf den *deb. cess.* habe dies aber ohne Einfluss bleiben müssen, um ihn nicht in eine entschieden ungünstigere Lage zu bringen". — Kann aber die Repräsentationsidee nicht ganz verlassen werden, so ist m. E. für die Sicherheit der Konstruktion einer anderen, vermeintlich richtigeren Theorie in der That wenig gewonnen. Denn die Resultate: „die Vermögenszuwendung sei mit dem Akt der Cession vollendet, von da an habe der Cedent kein Klagrecht mehr, — die Forderung sei, mittelst eintretender wirklicher Singularsuccession, Eigenthum des Cessionars geworden", (S. 414. 423.) werden dennoch alle davon abhängig gemacht, dass der *deb. cessus* die Cession erfahren habe, widrigen Falls der Cedent freilich, mit Verheimlichung des Cession, nach wie vor klagen könne, und der *deb. cess.* an ihn leisten müsse. Dass letzterer, sobald er, auch ohne vorangegangene sog. Denunciation, von der Cession Kunde erhalten, vom Cedenten dennoch verklagt, zur Abwendung jeder möglichen Gefahr, unter Berufung auf jene (wobei dahin gestellt bleiben mag, ob er nicht *ex jure tertii* excipire,) die Zahlung verweigern, resp. eine Hinzuziehung des Cessionars zu veranlassen suchen werde, ist von einer besonderen Theorie unabhängig und leicht durch gewöhnliche Vorsicht geboten. Wie jedoch das Durchdringen des Cedenten in solchem Fall nur als „auf prozessualischem Schein beruhend" bezeichnet werden mag, während zugegeben wird, dass der Schuldner nicht nur zahlen müsse, sondern damit auch die Schuld wirklich solvirt werde, (S. 416. 415. 423.) das dürfte ebenso gerechtem Anstand begegnen, als die Begründung der dem *deb. cess.*, sobald er selbst nur zufällig die Cession erfahren, daher beigemessenen Verpflichtung, daraus wider den Cedenten zu excipiren, widrigen Falls er dem Cessionar hafte, auf einen gegen diesen begangenen *dolus*. — Die theoretischen, zum Theil nur doktrinären Schwierigkeiten, in diesem Gebiet sichere leitende Gesichtspunkte aufzustellen, und die oft vorkommenden mannigfaltigen Fragen, wie hier leicht möglichen Verstössen gegen das materielle Recht kraft dieses selbst durch die Gestaltung der Umstände vorzubeugen sei, sind eine unabwendbare Folge der freieren Entwickelung des Cessionsbegriffs selbst, d. i. der der Natur der Obligation widerstrebenden, faktisch aber künstlich möglich gemachten Mobilisirung der Forderungen. Wollte man einmal diese, so waren auch jene Schwierigkeiten für eine organische Gliederung der nunmehrigen Lehre bis auf einen gewissen Punkt nicht hinwegzuschaffen. Namentlich gehört dahin der Eintritt von Umständen für den Schuldner, die ihm die Person seines eigentlichen Gläubigers eine Zeitlang zweifelhaft machen, woraus ihm Ge-

spruch würde die Cession nicht hindern[2]. Innerhalb jener beiden Gesichtspunkte, dass der Cedent ursprünglicher Gläubiger ist, und der Dritte, der Cessionar, die selbstständige Befugniss erwirbt, die Forderung für sich geltend zu machen, entfaltet sich das ganze Gebiet der diese Lehre bildenden einzelnen Sätze, und alle entspriessen diesem doppelten Grundgedanken.

II. Was die Entstehung, das Zustandekommen der Cession betrifft, so sind dabei zuvörderst zwei Momente zu unterscheiden, die Ursache, der Grund der Cession, und ihr äusseres Erscheinen, d. i. die Art und Weise der Vermittelung des Uebergangs der Forderung. Beide lassen sich[3] nach den hier zu nehmenden Ge-

fahr erwachsen kann, wenn er an den Unrechten zahlt, — ein Umstand, der Bähr anscheinend (S. 357 f.) vorzüglich zu seiner Opposition gegen die gangbare Doktrin veranlasst hat. Diese Erscheinung steht aber im Recht nicht isolirt, sondern wird, wie Bähr selbst nicht verkennt, (S. 479.) leicht in noch stärkerem Grade in allen den Fällen vorkommen, wo zwei von drei an einem Rechtsverhältniss interessirten Personen in Bezug darauf eine Aenderung vornehmen wollen, namentlich, wenn mehrere Personen als Gläubiger gegen denselben Schuldner auftreten, z. B. wenn Streitigkeiten zwischen in verschiedenen Testamenten eingesetzten Erben, oder zwischen solchen und Intestaterben um die Gültigkeit eines Testaments entstehen, bei zweifelhafter *ademtio* eines *nomen legatum* u. s. w. Hier fehlt es im Recht nicht an Schutzmitteln, und Bähr erörtert selbst mehrere derselben. Damit aber, was Bähr „als das eigentliche Ziel, weshalb sich die Bekämpfung der bisherigen Theorie der Mühe verlohne", aufstellt, (S. 425.) nämlich den Satz zur Geltung zu bringen: „die Cession selbst als Akt übertrage die Forderung", ist für die Doktrin nichts gewonnen, denn dies bleibt, wie schon gezeigt, dem Schuldner gegenüber eine leere Phrase, so lange die Wirkung dieser „Uebertragung" nicht von seiner Bekanntschaft damit unabhängig gestellt werden kann, was unmöglich ist. Mir kann zu bestreiten nicht einfallen, dass in der Darstellung des praktischen Rechts die Stellung des Cedenten nach der Cession oft noch zu römisch gefärbt erscheint, und dass der Cessionar, sobald das Geschäft feststeht, so vollständig an des ersteren Stelle getreten sei, wie ein Erbe. Mag man sie immerhin auch „ihm gehörig" nennen. (Nur gegen die Anwendung des Begriffs „Eigenthum", die übrigens bekanntlich schon das Oesterr. G.-B. Art. 353. macht, und alle versuchte Anknüpfungen und Analogien — wie z. B. dass die Denunciation einer Besitzergreifung gleichstehe, dass hier ein „quasisachlicher Rechtsstoff" vorliege (S. 436.) und dergl., — muss ich protestiren, denn damit würde die juristische Terminologie unserer Muttersprache vollends zerrüttet werden.) Dagegen muss ich für den thatsächlich möglich gewordenen Uebergang einer Forderung an der sog. Denunciation als dem absolut entscheidenden Moment festhalten, mit dessen Aufgebung Alles in's Schwanken geräth; vergl. Anm. 74 Zus.; — Bähr räumt selbst ein, (S. 425.) „dass, soviel ihm bekannt, seine Gegner aus ihrer Theorie nach der Denunciation keine unrichtigen Folgen ableiten". Bis dahin aber besteht in Bezug auf die Uebertragung der Forderung nur ein Verhältniss zwischen dem Cedenten und dem Cessionar. Kann das Recht aber, wie wir gesehen, ohne zum Unrecht zu werden, durch den Akt zwischen diesen beiden allein nun einmal die Wirkung der Tradition bei der Eigenthumsübertragung nicht gewähren, so mag sich der Cessionar bei dem Geschäft und namentlich, bevor er die Valuta zahlt, gehörig vorsehen. Vermeintlich nothwendige Erleichterungen im Interesse des Verkehrs werden eher dazu dienen, den Schwindel zu befördern.

[2] C. 1. *de Novation.* c. 3. *de Hered. vend.*

[3] Gewöhnlich nämlich erörtert man die *voluntaria* und *necessaria* erst unter Rücksicht auf die *caussa* allein, beschränkt auch diese Bezeichnungen darauf, und hinterher die Art und Weise des Uebergangs, wobei man dann jener Eintheilung entsprechend eine auf einen bestimmten Uebertragungsakt beruhende, und eine gesetzliche Cession unterscheidet, s. bes. Mühlenbruch Cession S. 399. und Pandekten §. 498. Nun kann allerdings auch dann ohne Rechtsgeschäft, ja sogar gegen den Willen des Gläubigers seine Forderung auf einen Anderen übertragen werden, (s. nachher a. 1,) wenn er dazu kraft eines Rechtsgeschäfts (*caussa volun-*

sichtspunkten hin, welche die Begriffe der sog. freiwilligen und nothwendigen Cession andeuten, in der diesen entsprechenden Verbindung erörtern.

a. In den bei weitem meisten Fällen nimmt die Cession ihren Ursprung in der Willkühr der daran Betheiligten. Sie ist dann ein Rechtsgeschäft zwischen dem Cedenten und Cessionar, ein Vertrag zwischen ihnen, welcher in Ansehung seiner allgemeinen Erfordernisse nach den gewöhnlichen Regeln von den Verträgen zu beurtheilen ist, und zwar zu dem Zweck der Veräusserung seines Gegenstands[4]. Vor Allem muss daher noch eine Forderung wirklich bestehen; nach Abtragung der Schuld ist keine Cession mehr möglich; ist jedoch dabei, wenn jene von einem Dritten ausgeht, zugleich die letztere beabredet worden, so wird dies wie ein Kauf der Forderung angesehen[5]. Einer Form bedarf es dazu nicht; ist eine Urkunde über die abgetretene Forderung vorhanden, so pflegt bei der Uebergabe derselben an den Cessionar allerdings ihr noch schriftlich hinzugefügt zu werden, dass die Cession geschehen sei, doch ist dies zum letzteren nicht erforderlich. Dagegen ist über den Verpflichtungsgrund dieses Vertrags (die *caussa*, s. o. §. 96. S. 258 ff.) hier Folgendes zu bemerken. Der Wille, welcher den Akt der Cession regiert, kann diese nicht als Zweck, sondern nur als Mittel zu einem anderen Zweck vor Augen haben, denn sonst würde es der Uebereinkunft an der erforderlichen rechtlichen Haltbarkeit fehlen. Solcher Zwecke lassen sich aber sehr verschiedene damit erreichen, so z. B. kann der Schuldner durch Abtretung ihm an einen Dritten zuständiger Forderungen seinen Gläubiger bezahlen, es kann durch gegenseitige Cession der Forderungen Zweier an einen Dritten und Vierten ein Umtausch geschehen, es können durch Abfindung des Gläubigers gegen Cession seiner Forderung für den Cessionar Kapitalien zinstragend angelegt und für den Cedenten disponibel gemacht werden, es kann der Cedent durch die Cession den Cessionar mit der Forderung beschenken, endlich kann die Cession auch zu dem Zweck geschehen, einem Gläubiger dadurch wie durch Uebergabe eines Pfands Sicherheit bis zur Befriedigung zu bestellen. Alle diese und andere Geschäfte, also Kauf, Tausch, Schuldabtragung[6], Schenkung[7], Bestellung zum Heirathsgut[8], Verpfändung u. s. w. können den Verpflichtungsgrund zu Cessionen abgeben, und zwar so, dass sie selbst überall dann nach ihren gewöhnlichen Grundsätzen zu beurtheilen sind, und in sofern es an Erfordernissen zur vollwirksamen Herstellung ihres Begriffs fehlt, fehlt es auch an der rechtlichen Möglichkeit der Cession[9]. In der Regel wird nun die Absicht der Kontrahenten dahin gerichtet sein, dass mit diesem Geschäft und durch dasselbe

taria) verpflichtet ist, und dem nicht nachkommt, (s. bei Anm. 7) mir scheint es aber angemessener, auch bezüglich dieser Fälle die Form der Cession, nicht ihren Grund für die Klassifikation entscheiden zu lassen, und dabei überhaupt so weiter zu unterscheiden, wie unter b. im Text geschieht. (Vergl. auch Göschen Vorles. Bd. II. §. 377. a. E. §. 379.) S. nachher Anm. 11 a. E. Man braucht darum doch nicht *caussa* und Uebergangsmodus zu verwechseln, (wie oft sie übrigens auch als nichts Verschiedenes erscheinen) was allerdings unrichtig wäre.

4 Vergl. vorige Anm. und s. bes. Mühlenbruch S. 199. 222 ff. und 450 ff. und Puchta im Rechtslexikon Bd. I. S. 640. Aus dem letzten Gesichtspunkt erklärt sich der Mangel der Befugniss der Vormünder zum Cediren der Forderungen ihrer Pflegebefohlenen ohne Dekret. In Bezug auf den Charakter der Cession als eines Vertrags, der auch stillschweigend eingegangen werden kann, ist noch im Besonderen auf §. 121. Anm. 21 zu verweisen; s. auch noch fr. 53. *de Peculio* und dazu Mühlenbruch S. 455. Vergl. §. 96. Anm. 2b a. E.

5 Fr. 76. *de Solut.*

6 C. ult. *Quando fiscus*, c. 3. *de Novat.*

7 C. 2. *de Donation.*

8 C. 2. *de O. et A.*

9 Vergl. dens. S. 401. 456. und Puchta a. a. O. S. 639 f. — S. noch unten Anm. 27 und Anm. 74 a. E.

die Abtretung der Forderung selbst geschehen sein solle; die Cession tritt also dann als besonderer Vertrag nicht weiter hervor, sondern der Akt derselben besteht in der That in jenem mit dieser Absicht eingegangenen Rechtsgeschäft. Nur wenn demungeachtet die Forderung für jetzt noch dem Gläubiger hat verbleiben und künftig erst dem Anderen übertragen werden sollen, ist eine anderweite Handlung zu diesem Zweck erforderlich. Im Zweifel ist das Vorhandensein dieser Absicht Sache der Auslegung des Vertrags. Mit Rücksicht hierauf findet auch, wenn der Cession ein Kauf der Forderung zu Grunde liegt, der Grundsatz von der Abhängigkeit des Uebergangs des Eigenthums am Kaufgegenstand von der Zahlung des Preises (s. o. §. 116. S. 602.) hier folgendergestalt Raum für eine Aeusserung seines Einflusses. Ist das ganze Geschäft überhaupt in der Weise abgeschlossen worden, und stellt es sich äusserlich so dar, dass nur der Kauf und nicht die Cession als geschehen erscheint, — was der weniger gewöhnliche Fall sein mögte, — so würde es noch darauf ankommen, ob dieselbe stillschweigend in jenem enthalten, also als sofort und dadurch geschehend beabsichtigt war; alsdann würde der gedachte Grundsatz allerdings gewissermaassen sich in sofern geltend machen, als die Zahlung oder Kreditirung des Preises unbedenklich diese Absicht als vorhanden erkennen lassen muss, entgegengesetzten Falls aber die Cession nicht schon durch den Kaufvertrag als geschehen zu erachten sein wird. Trägt hingegen umgekehrt das Geschäft entschieden den Charakter der Cession an sich, so dass also der Kauf nur daneben als Caussa in Betracht kommen kann, so müsste die Zahlung des Preises als Bedingung der ersteren ausdrücklich vorbehalten sein, um dieser nicht sofort volle Kraft beizulegen; abgesehen hiervon aber ist der Kauf eine vollgültige Caussa, ohne dass auf die Zahlung des Preises etwas ankommen, der obgedachte Grundsatz also hier irgend Anwendung finden kann[10].

b. In einer grossen Zahl anderer Fälle erfolgt der Uebergang der Forderung auf einen Anderen auch ohne Rücksicht auf den Willen des Gläubigers. Gemeinschaftlich ist ihnen die Existenz eines obligatorischen Verhältnisses zwischen beiden Personen mit diesem Inhalt, welches mit, oder überhaupt ohne den Willen desjenigen entstanden ist, in dessen Person die Forderung wirklich besteht, oder eigentlich und ursprünglich erwachsen ist, oder doch nicht in der darauf gerichteten Absicht, sich in dieser Weise zu verpflichten; so z. B. in der ersten Beziehung, wenn Jemand vertragsmässig eine Forderung zu cediren hat; in der zweiten, wenn Jemand als Besitzer einer Sache, die er einem Anderen herauszugeben hat, Klagen wider Dritte wegen Beschädigung und dergleichen erworben hat; in der dritten, wenn der Bürge den Gläubiger bezahlt hat[11]. Dieses obligatorische Verhältniss ist in solchen

[10] Vergl. Puchta S. 641.

[11] Sie sind durch das ganze System zerstreut, s. dies. zusammengestellt bei Mühlenbruch S. 402 ff. und zerfallen in folgende Klassen: 1, Erwerb der Forderungen durch Mittelspersonen, s. §. 102. Anm. 15, 2te Col. (vergl. dens. S. 403.) 2, Beim *legatum nominis* soll der Erbe dem Legatar die Klage cediren, fr. 44. §. 6. fr. 75. §. 3. fr. 76. 82. §. 5. fr. 105. *de Legat. I.* vergl. Anm. 15. 3, Wer eine Sache zu leisten hat, soll auch die bezüglich derselben begründeten Forderungen wider Dritte cediren, z. B. wegen einer daran zugefügten Beschädigung, fr. 15. pr. *ad Leg. Aquil.* fr. 1. pr. 13. §. 12. *de A. E.* s. §. 106. Anm. 49 und vergl. Mühlenbruch S. 406 ff. 4, Wer Jemandem zum Ersatz für abhanden gekommene oder beschädigte Sachen haftet, ist berechtigt, gegen Leistung desselben die Abtretung der dem Anderen zustehenden Klagen zu verlangen; s. z. B. §. 120. Anm. 39. Dies unterliegt nach Verschiedenheit der Fälle manchen näheren Bestimmungen, s. dens. S. 409 ff. 5, Wer für einen Anderen eine Schuld bezahlt, die gar nicht, oder nur zum Theil als seine eigene zu betrachten ist, kann vom Gläubiger die Abtretung seiner Klagen gegen den eigentlichen Schuldner fordern; vergl. z. B. folg. §. bei und

Fällen der Grund der Cession. Die Vermittelung des Uebergangs der Forderung geschieht aber, je nach folgender weiteren Verschiedenheit zwischen diesen Fällen, auf zwiefache Weise. Eine Anzahl derselben nämlich ist von der Art, dass in ihnen eigentlich eine entsprechende Erklärung des Gläubigers darum erforderlich wäre, weil er in der That ursprünglich die Forderung für sich erworben hat, und noch Inhaber derselben ist, es also eines äusseren Zeichens der Uebertragung auf den Anderen bedarf. Da nun die regelmässigen rechtlichen Zwangsmittel, um diese Erklärung herbeizuführen, bei fortgesetztem Widerstand den Zweck nicht zu erreichen vermögen [12] (vergl. §. 29. II. a. und §. 90. z. A.), so ist hier in Streitfällen dem richterlichen Ausspruch, dass die Cession als erfolgt zu betrachten sei, die Wirkung der freien Willenserklärung beigelegt, und sie ergänzt dieselbe vollständig, gerade wie bei der Adjudikation des Eigenthums (s. §. 49. III.). Hierher gehören die Fälle, 1) wenn Jemand vertragsmässig oder gesetzlich zur Cession einer ihm zuständigen Forderung verpflichtet ist; 2) wenn in eine solche als Vermögensstück eines Schuldners die Hülfe vollstreckt, und dem Gläubiger desselben also die Möglichkeit gewährt werden soll, sich durch Einziehung derselben bezahlt zu machen, oder der Richter zum Verkauf der Forderung an Dritte schreitet; 3) bei Theilungsprozessen, wenn Einem eine gemeinschaftliche Forderung zuerkannt wird. Endlich wird auch 4) im Konkursprozess für den Verwalter der Masse, um die ausstehenden Forderungen des Gemeinschuldners einzuziehen, eine solche Erklärung des Konkursrichters nöthig [13]. In einer anderen Zahl von Fällen hingegen wird die For-

in Anm. 55—58, und s. dens. S. 412 ff. 6, Mit der Hauptforderung müssen die accessorischen Forderungen cedirt werden, vergl. folg. §. Anm. 56, und s. dens. S. 418. Die sogleich im Text unter Nr. 1,—4, folgenden Fälle sind hierbei nicht mit einbegriffen, sondern diese berührt Mühlenbruch S. 451. nur gelegentlich. Allerdings kommt es hierbei zuerst darauf an, wie man den Gegensatz der *cessio vol.* und *necess.* auffassen will; nach Mühlenbruch's Ansicht, dass unter ersterer diejenige zu verstehen sei, welche in Folge einer auf die Abtretung gerichteten freien Willenserklärung geschehe, würde von jenen vier Klassen von Fällen zwar der erste noch zu derselben gehören, indessen würde man doch die drei übrigen nicht von der Kategorie der *necessaria* ausschliessen können, welche diejenige sein soll, „die der Cessionar unabhängig von einer solchen Erklärung verlangen kann.“ Ich habe schon Anm. 3 erklärt, dass es mir für die Deutlichkeit der Darstellung angemessener erscheint, den ganzen Gegensatz, welcher ja auch nur von doktrineller Natur ist, nicht auf die Natur der *caussa* zu beschränken, sondern finde das Kriterium für alle hierher gehörige (zu lit. b. im Text gestellte) Fälle in dem allen gemeinschaftlichen Obligationsverhältniss mit dem Inhalt der Verpflichtung zur Uebertragung, und das Unterscheidungsmerkmal zwischen den beiden Klassen, in welche sie, hingesehen auf die Art der Vermittelung des Uebergangs zerfallen, darin, wie dieses der Text für dieselben angiebt, welches zugleich erklärt, wie in der ersten Klasse ein äusseres Zeichen des Uebergangs nöthig ist, in der zweiten nicht. — Uebrigens ist es nicht ganz klar, in wieweit Mühlenbruch mit Nr. 1, im Text einverstanden ist; doch rechnet er dahin alle Rechtsstreitigkeiten zwischen zwei Personen über die Verpflichtung zur Cession.

[12] Bei dem vierten der nachher aufgeführten Fälle ist es nicht sowohl der Wille, als, nach entzogener Disposition, der Mangel der Fähigkeit für den Gemeinschuldner, welcher die wirkliche Cession hindert. Geht übrigens dem zur Cession Verpflichteten die Möglichkeit dazu darum ab, weil die Klage ohne seinen *dolus* oder *culpa* verloren gegangen ist, so wird er von desfallsigen Ansprüchen befreit, s. Mühlenbruch S. 435 ff.

[13] Der zweite dieser Fälle ist in fr. 15. §. 8. sqq. *de Re jud.* anerkannt; unter den hier gedachten Maasregeln, um die Hülfe in Forderungen zu vollstrecken, ist zwar die Ueberlassung derselben an den exequirenden Gläubiger, wie wenn sie cedirt wären, nicht erwähnt, doch leidet es keinen Zweifel, dass, wenn der Richter danach das *jus vendendi* an Dritte hat, er die Exaktion auch jenem überlassen kann; die an-

derung[14], welche zwar in Jemands Person (dem Cedenten) ihren Ursprung genommen hat, als von Anfang an für einen Anderen (den Cessionar) begründet betrachtet, die Cession also wie sofort erfolgt. Da es nun einer ausdrücklichen Handlung dazu nicht bedarf, auch eine solche keine besondere Wirkung hat, so tritt dieser Begriff hier ganz in den Hintergrund, indem schon das blosse Dasein eines gewissen Rechtsverhältnisses ohne alle äussere Zeichen der Uebertragung den Uebergang der Klagen bewirkt; indessen zeigt sich der Zusammenhang darin, dass die die Wirksamkeit und die konkrete Natur der Forderung betreffenden, in der Person ihres Erwerbers entstandenen Momente nun auch für den jetzigen Ausüber derselben relevant werden (s. nachher Nr. IV. C.). Man begreift daher diese sämmtlichen Fälle unter den Ausdruck der gesetzlichen Cession; sie sind durch das ganze System zerstreut[15].

deren sind diesem wesentlich ähnlich, bestritten ist m. W. keiner. Nur Puchta S. 642. zählt den ersten, wenn das *benef. cedendar. action.* Statt findet, wie es scheint, nicht zu der ersten, sondern zur zweiten der im Text formirten Klassen; ich sehe aber keinen Grund, aus welchem hier das richterliche, den Uebergang vermittelnde Dekret für überflüssig zu halten wäre, obwohl der Gläubiger von da an, wo der zum *benef.* Berechtigte davon Gebrauch machen zu wollen erklärt hat, natürlich die ihm zustehenden Klagen nicht aufgeben oder ihre Wirksamkeit beeinträchtigen kann, ohne sich selbst zu schaden; s. folg. §. bei Anm. [55] ff. Dem Dekret, welches den Uebergang der Forderung anerkennt, folgt dann auch die Nothwendigkeit, die etwanigen Schulddokumente herauszugeben, doch entscheidet deren Besitz nicht die Möglichkeit, jene geltend zu machen, obwohl natürlich derselbe für den Exekutivprozess und ähnliche und in Ansehung der Rückgabe bei der Zahlung relevant werden kann.

[14] Das sicherste Kennzeichen dafür in den Quellen ist das Verknüpfen einer *utilis a.* (dem römischrechtlichen Mittel, überhaupt die für Andere entstandenen Klagen anstellen zu können, s. Mühlenbruch §. 15. bes. S. 200. 450. und 463 ff. vergl. §. 29. III.) mit einem Verhältniss, welches nicht in einer auf Cession gerichteten Handlung des Gläubigers seinen Grund hat, und auch nicht blos zur Ergänzung des fehlenden Mandats dienen sollte; nur ist dieses nicht ausschliesslich, sondern es kommen auch Fälle vor, in welchen von *utiles a.* oder anderen sie andeutenden Formen nicht die Rede ist. Zimmermann in d. Ztschrft. Bd. XV. (N. F.) S. 102 ff., hat gegen das Princip der fingirten Cession, „wonach die ohnehin erzwingbare Cession gerade so behandelt werde, wie wenn sie geschehen sei“, Bedenklichkeiten erhoben, die nur durch die mitgetheilten misverständlichen Anwendungen veranlasst sind, bei richtigem Verständniss aber dasselbe gar nicht treffen.

[15] S. z. B. §. 77. bei Anm. [26] §. 102. Anm. [15] zweite Kol., §. 109. bei und in Anm. [112], §. 112. bei und in Anm. [25]; ferner die dem Erbrecht angehörigen Fälle in c. 18. *de Legatis*, c. 1. *Communia de Legat.* fr. 1. §. 2. *ad Sct. Trebell.* und fr. 57. *de Legatis I.* (s. dazu Mühlenbruch S. 473. Anm.), der dem Vormundschaftsrecht angehörige Fall, dass, wenn einer von mehreren Mitvormündern aus einer gemeinschaftlichen oder des Mitvormunds Geschäftsführung gezahlt hat, ihm auch ohne Cession die Klage gegen die übrigen zusteht, fr. 1. §. 13. *de Tutelae* (s. dens. S. 474 f.); s. ferner §. 73. bei und in Anm. [7] und [9]; ferner der Uebergang der dem Fiskus und den Städten zuständigen Klagen, wenn Jemand als Besitzer diesem verhafteter Sachen dem Fiskus Zahlung geleistet, s. fr. 45. §. 9. *de J. F.* und c. 2. *de Debitor. civit.* Ausser diesen einzelnen Fällen stellt Mühlenbruch S. 471. für die übrigen eine dahin lautende allgemeine Rechtsregel auf: dass allemal dann *utiles act.* gegeben worden seien, so oft eine Cession ohne Schuld des Berechtigten nicht erfolgen konnte, und sich ein Anderer mit seinem Schaden bereichern würde, wenn er nicht ohne Cession klagen könnte, — und sondert dann noch, indem er bis hierher lauter solche Fälle für gemeint erklärt, in welchen die Uebertragung durch das Gesetz die Folge einer ausdrücklich bestimmten Rechtsnothwendigkeit zu cediren ist, von ihnen diejenigen Fälle ab, wo es an einer solchen Nothwendigkeit entweder darum fehlt, weil eine Verpflichtung zur Cession in ihnen ursprünglich gar nicht Statt fand, s. §. 102. S. 365. Nr. 3, und 5, 6., oder weil

Viele besondere Bestimmungen der Lehre von der Cession beziehen sich vorzugsweise oder ausschliesslich auf solche Cessionen, welchen ein Rechtsgeschäft zu Grunde liegt.

III. Gegenstand der Cession ist nicht die Obligation, d. i. das Rechtsverhältniss zwischen dem Gläubiger und dem Schuldner, sondern die dem ersteren zugewendete Seite desselben, also die Forderung (s. §. 82. z. A.)[16]. Auch von gegenseitigen Obligationen kann mithin immer nur die Forderung jedes Kontrahenten cedirt werden, während die Verpflichtung daraus ihm verbleibt, so z. B. kann beim Kauf der Käufer seine Forderung in Betreff der gekauften Sache ebensowohl einem Dritten cediren, wie der Verkäufer seine Forderung des Preises[17]; nur kann freilich durch eine solche Trennung niemals dem Schuldner in Ansehung der letzteren als Gläubiger bezüglich der ersteren, und soweit er in dieser Eigenschaft daher Vertheidigungsstoff wider die Forderung entnehmen kann, Eintrag geschehen, indem der Cessionar hierin den Cedenten vertritt, und was wider diesen gilt, auch gegen sich gelten lassen muss (s. nachher Nr. IV. C.). Hierbei bedürfen jedoch noch solche gegenseitige Verhältnisse weiterer Erwähnung, welche dauernde Beziehungen bewirken, und eine fortwährende Quelle von Forderungen sein können, d. i. das Mandat, der Pachtkontrakt und der Gesellschaftskontrakt. Nur immer einzelne bestimmte daraus erwachsene Forderungen sind Gegenstand der Cession, niemals aber kann der ursprüngliche Kontrahent einen Dritten durch die Cession an seine Stelle setzen, so dass er z. B. Mandant, Pächter oder Gesellschafter würde; die Möglichkeit der Substituirung eines anderen Mandatars und die Afterverpachtung sind nicht etwa Widersprüche damit, sondern dadurch wird zwischen einem der an der früheren Obligation Betheiligten und einem Dritten eine neue eingegangen, — wohl aber können diese Verhältnisse Grund zu Cessionen der Forderungen des Mandatars an den Mandanten und des Pächters an den Verpächter von Seiten ersterer an den Substituten und Afterpächter werden[18]. Fähig, cedirt zu werden, sind in der Regel Forderungen aller Arten und jedes Ursprungs[19]; im Besonderen

ein solcher Umweg gleich Anfangs beim Entstehen einer gewissen Rechtsnorm für überflüssig erachtet wurde; dahin gehören: 1, alle die, worin zugleich nach R. R. eine Abweichung von der Regel liegt, dass ein Vertrag nicht auf einen Dritten gestellt werden könne, — diese fallen jetzt ganz weg, da die Ausnahme Regel geworden ist, s. §. 102. S. 363. 2, Das Recht des Fiskus und der Städte, *in subsidium* ihres Schuldners Schuldner zu belangen, fr. 3. §. 8. *de J. F.* c. 1. 2. *de Conveniendis fisci debit.* c. 3. 4. *Quando fiscus*, (s. dazu Mühlenbruch S. 481. Anm.) was noch praktisch und von der bei Anm. 13 erwähnten Möglichkeit darin verschieden ist, dass es für andere Gläubiger erst der Uebertragung durch den Richter bedarf. 3, Das *jus offerendi* der Pfandgläubiger, s. §. 73. I. 2. b), womit die das. Nr. II. aufgeführten Fälle verwandt sind, und Mühlenbruch S. 482 ff.

[16] Das ist ein Hauptsatz in dieser Lehre, s. Mühlenbruch S. 245 ff., nur dass dieser denselben unter den Beschränkungen der Cession an die Spitze stellt, während er tief in der Natur derselben wurzelt, und mit dem Begriff enge zusammenhängt.

[17] Diese Sätze folgen aus dem vorigen und sind nur eine Anwendung davon; s. dens. S. 309.

[18] Vergl. oben §. 113. bei und in Anm. 49—52 u. §. 118. bei und in Anm. 88 und bes. 117 und s. Mühlenbruch S. 286. und 310 ff. Nur einfache Forderungen aus dem Pacht, z. B. also des Miethgelds, auf Entschädigung, oder der Pachtkaution u. s. w., können cedirt werden; allein die häufig vorgekommene sog. Cession des Pachtkontrakts kann, wenn nicht die Einwilligung des Verpächters sie auf ein anderes Gebiet versetzt, nur als eine Afterverpachtung angesehen werden, nicht als ein Recht des Cessionars, wider den Verpächter, *usum rei locatae* zu gestatten. Bei *loc. cond. operar.* findet weder jenes noch dieses Statt, bei der *l. c. operis* die *sublocatio*, wenn nicht die Ausführung von Seiten des Konduktors in Person ausgemacht ist.

[19] Also sowohl aus Verträgen wie aus Delikten entsprungene, s. z. B. fr. 7. §. 1. *Commodati*,

ist hierbei als cessibel zu gedenken: der klaglosen[20], in sofern diese Stoff zu Exceptionen darbieten, der bedingten und der noch nicht fälligen[21], derer, zu welchen noch kein Grund vorhanden, sondern deren Ursprung als möglich nur vorausgesetzt ist[22], der ihrem Betrag nach noch unbestimmten[23], der auf ein *genus* gerichteten und der alternativen einschliesslich des dem Cedenten zuständigen Wahlrechts[24]; der Besitzklagen[25]; endlich der aus einem Sachenrecht entsprungenen, gegen eine bestimmte Person durch Verletzung von deren Seite bereits begründeten Klagen, indem hierdurch stets ein obligatorisches Verhältniss entstanden ist, so dass also nicht das Sachenrecht selbst cedirt wird, sondern nur dessen Ausübung in jener Richtung[26]. Soweit theilweise Erfüllung einer Forderung verlangt werden kann,

fr. 35. §. 4. *de Contrah. emt.* fr. 31. pr. *de A. E.* fr. 38. §. 1. *de Solut.* fr. 14. pr. fr. 80. §. 7. *de Furtis.* S. Mühlenbruch S. 276 ff. und dens. S. 289 ff. über die Cessibilität der auf Restitution eines Universalfideikommisses gerichteten Forderung. Die *hereditas vendita* gehört in das Erbrecht. (S. folg. Bd. §. 206.)

20 Arg. fr. 40. pr. 64. pr. *ad Sct. Trebell.* fr. 17. *de Hered. etc. vend.* fr. 40. §. 3. *de Cond. et dem.* S. auch Mühlenbruch S. 252 ff. wider einige erhobene Zweifel, und Puchta S. 639.

21 Fr. 17. *de Hered. vend.* s. Mühlenbruch S. 262 ff.

22 C. 3. *de Donation.* fr. 5. *de Hered. vend.* s. Mühlenbruch S. 258 ff.

23 Fr. 5. *h. t.*

24 Das Letztere ist ausserordentlich bestritten, s. Mühlenbruch S. 264 ff. und die dort Gen. und gegen die Theorien Anderer; es spricht namentlich auch ausdrücklich dafür fr. 75. §. 3. *de Leg. I.* S. auch Vangerow a. a. O. S. 20. Darüber, dass, wenn die Wahl dem Schuldner zustehe, Cession unbehindert sei, ist kein Streit.

25 S. Mühlenbruch S. 276 ff.; es ist dabei gleichgültig, ob dem Cessionar an dem Gegenstand, worauf sich das Int. bezieht, schon ein Recht zusteht, s. fr. 16. §. 4. *de H. P.*, oder ob er erst ein Recht daran erwerben soll, z. B. der Verkäufer eines Grundstücks cedirt dem Käufer ein Int., *arg.* fr. 13. §. 12. *de A. E.*, oder ob zunächst nur die Ertheilung oder Erhaltung blosser Detention bezweckt war, z. B. der Verpächter cedirt seinem Pächter das Int.

26 S. hierüber Mühlenbruch S. 18 ff. (bes. Anm. 26a)) 246 ff. und vergl. z. B. c. 9. *de Hered. vend.* fr. 35. §. 4. *de Contr. emt.* fr. 21. 63. *de R. V.* fr. 25. §. 8. *Locati,* fr. 14. pr. *de Furtis.* Auch hier geht nicht das cedirte Recht selbst auf den Cessionar über, sondern nur die Ausübung des Rechts eines Anderen, s. c. 8. *h. t.* und dazu dens. S. 250., wodurch es übrigens zum Erwerb des Eigenthums kommen kann, wenn dies sonst zwischen dem Cedenten und Cessionar beabsichtigt war. Abweichend hiervon fasst Jhering in d. Jahrb. f. Dogmatik u. s. w. Hft. 1. S. 104 ff. die Cession der Vindikation auf. Dieselbe bietet allerdings in sofern besondere Gesichtspunkte dar, als sie zwar den Nichtbesitz des Eigenthümers voraussetzt, jedoch namentlich unter Umständen genügt, während der Eigenthümer, hätte er die Sache selbst, zu deren Uebergabe verpflichtet wäre, andererseits diese (z. B. in Veranlassung eines Kaufs) übereinkunftsweise vertreten kann. Dagegen muss ich dabei beharren, auch hier das Forderungsverhältniss des Cedenten zum Besitzer der Sache als eigentliches Objekt der Cession zu betrachten, wiewohl Jhering dies als eine Verkennung des Verhältnisses bezeichnet, und auch auf diese Cession Alles (resp. analog) anwenden will, was von der persönlichen Klage gilt. Die Nothwendigkeit, das Geschäft im Sinn der Betheiligten zu interpretiren, muss bei Fragen wie die, wie es sich verhalte, wenn die Sache ohne Schuld des Besitzers in fremde Hände komme, wenn der cedirende Eigenthümer dieselbe verpfände, ohne Zweifel dahin als maasgebend erscheinen, dass beides ohne weiteren Einfluss ist. Im ersten Fall ist die Klage stets gegen den als abgetreten zu betrachten, wider den sie ihrer Natur nach möglich ist, denn dieser ist der Verpflichtete, also auch, wenn dessen Person wechselt, (was bei der Cession persönlicher Klagen ihrer Natur gemäs freilich nicht möglich ist,) sie müsste denn eine höchst persönliche Beziehung erhalten haben, wonach für die cedirte Klage dann die *veritas* der Forderung in Betracht käme; — im zweiten Fall halte ich eine fernere Disposition des Cedenten, sobald die hier wie sonst zulässige Denunciation erfolgt ist, für ausgeschlossen und wirkungslos, obwohl nicht zu leugnen ist, dass durch dessen Dolus

ist auch theilweise Cession derselben möglich[27]. Dagegen aber sind theils durch die Natur gewisser Forderungen Einschränkungen der Cession derselben gegeben[28], theils durch gesetzliche Vorschrift solche gezogen worden.

a. Vom ersteren Standpunkt aus besteht:

1) eine Beschränkung in sofern, als die Cession einer Forderung an eine Person, welche mit dem Schuldner durch die väterliche Gewalt verbunden ist, deren Klagbarkeit aufhebt, weil zwischen solchen Personen ein Rechtsstreit, also die Geltendmachung der Forderung nicht möglich ist[29]. Nur soweit das Vermögen der in väterlicher Gewalt befindlichen Kinder ausser aller Beziehung zum Vater ist, diese also desfalls dem Vater in voller Selbstständigkeit gegenüber stehen, ist Cession zwischen ihnen in Bezug auf solche Vermögenstheile, also rücksichtlich dazu gehöriger Activa oder Passiva möglich[30].

2) Eine anderweite Beschränkung ist dadurch gegeben, wenn die schuldige Leistung in solcher Verbindung mit der Person des Gläubigers steht, dass sie nur dieser geschehen kann, und durch Gewährung an einen Anderen ihre Identität verlöre. Hierher gehören, abgesehen von dem Fall, wo dies vertragsmässig festgesetzt, die Forderung also auf die Person des Gläubigers ausdrücklich beschränkt worden ist: die aus der Verpflichtung zur Alimentation einer gewissen Person zwar bereits erwachsenen, aber von ihr selbst in sofern untrennbaren Forderungen, als sie ihrem Zweck nach lediglich auf die Person des zu Alimentirenden beschränkt, d. h. eben nur auf seine Alimentation als berechnet, nicht die Alimente mehr blos als qualitativer und quantitativer Inhalt einer anderen gewöhnlichen Forderung zu betrachten sind; denn solche sind cessibel. Wann das Eine, und wann das Andere anzuneh-

hier eigenthümliche faktische Verwickelungen möglich sind. — Die Anwendung von Jhering's Ansichten auf das Connossement als Cession der Vindikation, (S. 176 ff.) lasse ich hier dahin gestellt; sie ist ein interessanter Beitrag zum Handelsrecht. S. dazu Zimmermann in d. Ztschrft. Bd. XV. (N. F.) S. 117 ff.

27 Hier kommen nach m. E. die allgemeinen Grundsätze aus §. 90. z. A. und §. 84. III. B. z. A. zur Anwendung; Mühlenbruch Pand. §. 498.[7] lehrt die theilweise Cession schlechthin als möglich, schwerlich aber will er die nothwendig anzuerkennenden Beschränkungen ausschliessen, s. auch dens. in der Lehre von der Cession. S. 518., wo er diesen Punkt nur gelegentlich berührt. Hiernach ist auch die Wirksamkeit der Cession zu beurtheilen, welcher eine formlose Schenkung über 500 *solidos* zu Grunde liegt, obwohl der Cessionar, wenn sie sich theilweise nicht einziehen lässt, an den Cedenten auf Erfüllung seinen Regress nehmen kann. Vergl. dens.

28 Diese Beschränkungen sucht man in älteren Zeiten durch die Regel: *quod est transmissibile*, nämlich *ad heredes*, *est cessibile*, auszudrücken, oder auch negativ; die Unrichtigkeit dieser Zusammenstellung ist ebenfalls schon früher, und namentlich von Mühlenbruch §. 23. S. 254 ff. entschieden nachgewiesen worden.

29 Gewöhnlich wird die Cession hierdurch völlig als ausgeschlossen angesehen, und dafür noch auf fr. 7. *de O. et A.* besonderer Bezug genommen, s. Mühlenbruch §. 33. Puchta a. a. O. S. 643. Mit Recht scheint mir aber Unterholzner a. a. O. S. 607. Nr. 11. dagegen zu bemerken, dass hiermit nicht die Nichtigkeit der Cession bewiesen sei, sondern nur das im Text enthaltene Resultat, dem auch andere Neuere beitreten, s. Vangerow a. a. O. S. 109. Wenn jedoch letzterer, indem er dieses so ausdrückt: dass der Cessionar während der Dauer der väterlichen Gewalt keine Klage erheben darf, — daraus die nothwendige und allgemeine Folgerung andeutet, dass nach Auflösung des Gewaltverhältnisses die Klagbarkeit wieder eintrete, so kann das nicht zugegeben werden, vergl. Unterholzner a. a. O. Bd. I. S. 169. 1. a. E. nach c. 6. *An serv. pro suo facto etc.* und c. 1. *de N. A.* Das Weitere hierüber gehört zu der Lehre von den gegenseitigen Vermögensverhältnissen dieser Personen im II. Kap. 3. Abth. des folg. Buchs §. 142. bei und hinter Anm. 21.

30 Dies versteht sich von selbst und ist nicht weiter bezweifelt; s. die in vor. Anm. Gen.

men sei, ist eine thatsächliche Frage [31]. Ferner: solche Forderungen, deren Geltendmachung eine bestimmte, dem Cessionar abgehende, auf Andere nicht übertragbare rechtliche Eigenschaft voraussetzt [32]. Nicht zu verwechseln mit diesen sind solche Forderungen, die Jemand vermöge einer solchen Eigenschaft, also kraft eigenen Rechtens in Anspruch nehmen kann, sobald sich die Umstände danach gestalten, um sie ausüben zu können, wie z. B. die deutschrechtlichen Retraktsklagen; will nämlich der zunächst dazu Berechtigte deren Ausübung einem nachfolgenden überlassen, sei es auch, dass letzterer ersteren dafür mit Geld oder sonst abfindet, so ist überhaupt von keiner Cession, sondern nur von Verzicht die Rede [33]. Ferner: die Forderung solcher Dienste, welche überhaupt, oder ihrem Umfang und ihrer Art nach von der Person dessen abhängen, dem sie geleistet werden sollen [34]; die Forderung auf Bestellung einer Personalservitut [35]; die Forderung auf Bestellung einer Prädialservitut, ohne Uebereignung des Grundstücks an den Cessionar, für welches sie geschehen soll [36]; endlich die *actiones vindictam spirantes*, s. §. 30. II. 1), indem sie nicht als Vermögensstücke erscheinen [37], bevor sie geltend gemacht sind, sodann aber als in Prozess befangen nicht mehr cedirt werden können (s. b. 2)). Dagegen

[31] Vergl. hierüber Mühlenbruch S. 309. u. 320 ff. und Puchta S. 643. und Anm. [12]. Ersterer weist besonders darauf als Unterscheidungsmerkmal hin, je nachdem die Verpflichtung zu Alimenten durch onerosen Vertrag, oder durch das Gesetz oder Jemands Mildthätigkeit begründet worden; jene seien cessibel, diese nicht. Das Erstere kann zugegeben werden, indem sich in solchem Fall nicht annehmen lässt, dass sich der Erwerber der Alimentenforderung selbst so habe beschränken wollen. Dem gleich würden auch Leibrenten zu beurtheilen sein. Allein das Zweite mögte ich in den angedeuteten beiden Klassen von Fällen doch nicht ohne allen Unterschied annehmen, wenn freilich die Vermuthung auch dafür streitet, dass damit im Zweifel eine Wohlthat erwiesen sein solle, — wie aber, wenn der, dem sie solchergestalt zugewendet worden, ihrer nicht bedürftig ist? Es muss also dem richterlichen Ermessen im Allgemeinen freier Raum gegeben werden; ein dabei zu beachtender Moment kann namentlich auch die Beschaffenheit einzelner dazu gehöriger Leistungen sein.

[32] Vergl. Mühlenbruch a. a. O. S. 323 ff. Puchta S. 643. Diese Beschränkung pflegt als absolut verneinend angeführt zu werden, gleichwohl ist, je nach Umständen, die Uebertragbarkeit auf gleichergestalt geeigenschaftete Personen nicht zu bezweifeln; z. B. eine Korporation hat ein Grundstück gekauft, zu dessen Bezahlung einzelne Mitglieder das Geld durch Aktien unter sich, welche auf deren Namen lauten, hergegeben haben, und es ist in dem Gesellschaftsstatut ausgemacht, dass nur Mitglieder Aktieninhaber sein können. Aehnliches findet sich bei städtischen Schulden, welche von einzelnen Mitgliedern der Bürgerschaft aufgebracht, worüber eine Zahl von Obligationen ausgestellt, und wobei ausgemacht worden, dass nur Bürger daraus sollen Gläubiger sein können. Hat also der Cessionar diese Eigenschaft, so steht der Cession an ihn kein Hinderniss entgegen. Die genannten Schriftsteller behandeln diese Beschränkung nur aus dem im Text folgenden Gesichtspunkt, der an sich zwar auch ein ganz richtiger ist, aber den hier eingenommenen nicht ausschliesst, noch in sich fasst.

[33] Cession an einen entfernteren, z. B. erst an dritter oder weiterer Stelle Berechtigten, ist aus demselben Grunde unmöglich, weil das Recht des Nächstberechtigten allemal eintritt, sobald sein Vormann es aufgiebt; es kann also ein solcher seinen nächsten Nachmann nie dadurch ausschliessen, dass er sein Recht einem Dritten cedirt, sondern darin läge wieder ein Verzicht. Gegen die Möglichkeit der Begründung von Retraktrechten durch Privatdisposition, Vertrag oder Testament s. Mühlenbruch S. 324 ff.

[34] Vergl. §. 106. S. 457. und Mühlenbruch S. 307. 3, (dieser scheint die oben angedeuteten Fälle etwas zu enge zu verstehen) und Puchta S. 643. Ein *arg.*, wenn es dessen bedürfte, ergiebt fr. 9. §. 1. *de Operis libert.*

[35] S. Puchta a. a. O. Vangerow S. 109.

[36] S. Mühlenbruch §. 28. z. A. u. Puchta a. a. O.

[37] Fr. 28. *de Injur.* fr. 2. §. 4. *de Collat.* S. Mühlenbruch S. 293 ff.

sind Forderungen aus nicht übertragbaren Privilegien und Rechtswohlthaten cessibel, sobald dadurch gleichzeitig das eigene Interesse des ursprünglich Berechtigten wahrgenommen wird; so z. B. kann ein Minderjähriger, welcher bei der auftragslosen Geschäftsbesorgung für einen Anderen mit einem Dritten ein dem ersteren nachtheiliges Geschäft abgeschlossen hat, woraus er ihm verantwortlich, wogegen er jedoch Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu suchen berechtigt ist, dieses Recht demselben cediren, um sich damit unmittelbar zu helfen [38].

3) Forderungen aus accessorischen Obligationen können nicht in der Art cedirt werden, dass ihr Zusammenhang mit der Hauptforderung zerrissen würde. Wohl aber ist die Cession der Forderung an den Bürgen ohne die der an den Hauptschuldner in sofern gültig und wirksam, als nun der Cessionar in Folge der objektiven Identität beider Forderungen wie ein Korrealgläubiger neben den Cedenten tritt, der seine Forderung an den Hauptschuldner behält, und zur Einziehung des identischen Objekts beider Forderungen vom Bürgen berechtigt wird [39]. Eine

[38] Fr. 24. pr. *de Minor.* S. Mühlenbruch S. 282 ff. 285. Nur in obiger Beschränkung, welche ich bei Anderen nicht finde, kann ich die Cession solcher Befugnisse für möglich anerkennen. Ueberhaupt mögten ausser der Restitution in solchen Fällen Beispiele selten sein. Die Ueberlassung des Gebrauchs der einer Sache Jemands zuständigen Privilegien an einen Anderen mit dem der Sache selbst gehört in ein anderes Gebiet. Vergl. dens. S. 282 und S. 283 ff. wegen Privilegien, die unmittelbar weder *caussae* noch *personae* sind.

[39] Vergl. §. 84. S. 38. bes. Anm. 6b). (Accessorische Leistungen sind hier nicht gemeint.) Die Regel, dass die Forderungen gegen Bürgen nicht ohne die Hauptforderung abgetreten werden können, wird ganz allgemein, s. nur z. B. Mühlenbruch §. 28., Unterholzner a. a. O. S. 606. Nr. 7., als ausgemacht anerkannt; Puchta S. 644. unterscheidet zuerst zwischen *fidejussio* und *mand. qualificatum.* Letzteres sei nach den Grundsätzen vom Mandat zu beurtheilen; das ist richtig, s. daher bei Anm. 18. Soviel die erstere (einschliesslich des *constitutum deb. alieni*, s. jedoch folg. §. Anm. 36) anlange, „so sei, da die Leistung des Bürgen darin bestehe, die Hauptschuld zu bezahlen, eine Cession der Forderung an den Bürgen nur in sofern möglich, als an den Cessionar die Hauptschuld gezahlt werden könne, also wenn ihm auch die Hauptforderung wenigstens soweit cedirt sei, als sie in der gegen den Bürgen zugleich geltend gemacht werde. Dies sei denn auch als stillschweigende Intention bei der Cession der Klage gegen den Bürgen anzunehmen; eine Befugniss zur abgesonderten Geltendmachung gegen den Hauptschuldner sei darum noch keineswegs gegeben.“ Noch weiter geht Vangerow a. a. O. S. 111. „In Betracht, dass vor Einführung des *benef. excuss.* Bürge und Hauptschuldner als *correi* gehaftet, habe der Cession der Forderung an den Bürgen gar nichts entgegenstehen können; seitdem aber bestehe die ganze Aenderung darin, dass nun der Cessionar sich das *benef.* gefallen lassen müsse. Zahle der Bürge an ihn, so werde die Hauptschuld allerdings mitgetilgt, wie wenn sie an den Cedenten gezahlt würde; in sofern lasse sich nicht ganz mit Unrecht sagen, dass in der Cession einer solchen accessorischen Forderung auch gewissermaassen eine Uebertragung der principalen liege. Dass aber eine solche Cession ungültig und unzulässig sei, lasse sich nicht behaupten.“ Soviel ist vor allen Dingen gewiss, dass an die Möglichkeit einer Cession der Bürgschaftsobligation von der Art nicht gedacht werden kann, wonach der Bürge nun für eine andere Forderung des Cessionars haften sollte, denn dazu bedürfte es seiner Zustimmung; es kann also der Zusammenhang zwischen ihr und der Hauptforderung auf keinen Fall zerrissen werden. Erwägt man nun, welche Absicht der Cession der Bürgschaftsschuld zu Grunde liegen könne, so kann dies nur die sein, dass der Cessionar in derselben gegen den Bürgen die Hauptforderung (wegen Identität des Objekts) geltend machen solle. Dass dies unausführbar sei, ohne zugleich die Forderung gegen den Hauptschuldner mitzucediren, wird sich nicht behaupten lassen können, sondern diese verbleibt, wenn sie nicht mitcedirt ist, dem Gläubiger. Das Verhältniss ist vielmehr nun so, wie wenn zwei Solidargläubiger zweien Solidarschuldnern, wobei jedoch nicht ausser Acht zu lassen ist,

Cession der hypothekarischen Klage bezüglich eines für eine Forderung bestellten Pfands ist aber ohne diese selbst gar nicht möglich, s. §. 73. I. 1)[39a].

b. Durch gesetzliche Bestimmung sind folgende, besonders[40] darauf abzweckende Beschränkungen eingeführt worden, dass der Schuldner dem Cessionar gegenüber auch nicht in solchen Punkten in eine nachtheiligere Lage gerathe, welche nicht schon vermöge des rechtlichen Charakters der Cession ausgeschlossen und unmöglich gemacht sind.

dass diese Obligation zugleich eine principale und accessorische umfasst, s. folg. §. Anm. [39], gegenüberständen, und es wird nur darauf ankommen, ob der Bürge die ihm eigenthümlichen Exceptionen gegen den Cessionar durchsetzen wird. Hierin ist also eine Modifikation der gedachten Regel allerdings anzuerkennen. Der abgetretene Bürge ist danach stets berechtigt, an den Cessionar seine Schuld und also die Hauptschuld zu zahlen, aber auch in seiner Eigenschaft dazu verpflichtet, und dadurch erlöschen beide Obligationen, wie wenn dem Gläubiger gezahlt wäre; bis dahin freilich behält dieser seine Forderung gegen den Hauptschuldner, diese ist stillschweigend nicht cedirt, und sollte er gleichzeitig wider diesen und der Cessionar gegen den Bürgen Klage erheben, so ist es nicht anders, als thäte er dies selbst. In dieser Auffassung also scheint mir die Puchta'sche Meinung die richtige, welche Vangerow allem Anschein nach auch nur wiedergeben will.

[39a] Ueber die Cession des Pf.-R. vergl. jetzt auch Dernburg Pf.-R. Bd. I. S. 561 ff., dessen Citate Anm. 6, Puchta's, Vangerow's und meiner aber auf Irrung beruhen müssen. Er gedenkt im Besonderen dieser Fälle: 1, Cession eines „Hypothekrechts", ohne dass die Forderung speziell erwähnt sei; dabei ist Alles *quaestio facti*, im gemeinen Leben pflegt darunter wohl die letztere mitverstanden zu werden. 2, Cession einer Forderung mit Hypothek, aber so, dass die persönliche Klage nicht cedirt sein solle. Dies ist unmöglich, resp. ungültig, wenn nicht die Forderung den Charakter einer naturalen haben, resp. behalten soll. Dernburg hält eine solche Cession mit Unrecht schlechthin für gültig. 3, Den Fall im Text, so dass der Cedent die Forderung behält. Das erklärt Dernburg natürlich auch für nichtig; aber wie kommt er dazu, mich und die obgenannten Civilisten für entgegengesetzter Meinung zu halten? — Vergl. unten Anm. [79].

[40] Dieser Gesichtspunkt ist als der allgemeine anzusehen; die Möglichkeit von Nachtheilen der Art ist trotz der Natur des ganzen Instituts der Cession nicht abzuwenden, sondern es hätte dieses selbst ausgeschlossen werden müssen, daher ist denn hier von der Gesetzgebung nachgeholfen worden. Indessen fallen doch nicht alle oben folgende Beschränkungen unter ihn, sondern es sind, wie eine Musterung ergiebt, darunter manche rein positive. Unter ihnen fehlt eine, welche bisher in der Doktrin allgemein festgehalten worden, nämlich dass Cession nicht *in potentiorem* doloserweise geschehen, d. h. „dem Schuldner im Cessionar nicht ein beschwerlicherer Gegner entgegengestellt worden sein dürfe, um ihn in eine schlimmere Lage zu versetzen", s. nur Mühlenbruch §. 30., Puchta a. a. O. S. 646. 3) und Vangerow a. a. O. S. 111. Es findet sich dieses Verbot direkt ausgesprochen in c. 2. *Ne liceat potentior.* steht aber nicht allein, sondern in Zusammenhang: 1) mit den Bestimmungen der fr. 1. §. 1., fr. 11. und 12. *de Alienat. jud. mut.*, wonach die Veräusserung ungültig war, wenn sie die Folge einer wirklichen oder fingirten darin dolosen Uebertragung war, dass die Substitution eines beschwerlicheren Gegners beabsichtigt ward, s. §. 124. Anm. [24]. 2) Mit den Bestimmungen wider erschlichenen oder fingirten Schutz mächtiger Männer, namentlich durch die Uebertragung von Rechten an sie vermöge Schenkung oder letzwilliger Verfügung, oder erkaufte Herleihung ihres Namens für fremde Rechtsstreitigkeiten, s. hierüber genaue historische Nachweisungen bei Mühlenbruch S. 359 ff. 3) Mit dem Verbot des *redimere litem* und der Beihülfe eines Mächtigeren in Prozessen, um mit dessen Einfluss etwas durchzusetzen, was man auf dem gewöhnlichen Weg nicht erlangt haben würde; s. dens. S. 362 f., 368 f. c. 1. *Ne liceat potent.* Hieran schliesst sich endlich die obgedachte c. 2. *eod.*, welche den Verlust der abgetretenen Forderung ausspricht. Ueber diese ist nun zuvörderst in sofern Streit, ob, wie Viele geglaubt haben, der *dolus* schon in der Cession an einen *potentior* selbst als regelmässig enthalten (so dass es sich nur um Ausnahmen fragen könne) zu betrachten sei, — oder ob er besonders bewiesen sein

1) Verboten ist die Cession der Forderungen gegen bevormundete Personen an ihre Vormünder, oder Kuratoren, und zwar auch nach Endigung der Vormundschaft, ausgenommen die erst danach entstandenen Forderungen, vorausgesetzt aber wieder, dass der gewesene Vormund nicht durch seine Kenntniss den Angelegenheiten seines vormaligen Pflegebefohlenen ein diesem gefährlicherer Gegner sei;

müsse? — Mühlenbruch S. 370 ff. ist sogar der Ansicht, dass nicht nur in der Cession an einen Mächtigeren nicht stets ein *dolus* als vorhanden anzusehen, sondern dass überhaupt in der Stelle nur die simulirte Cession an einen solchen verpönt, nicht aber die wirkliche verboten sei. Obwohl ihm nun hierin Viele folgen, so scheint doch der Widerspruch von Puchta und Vangerow a. d. aa. OO. wohlbegründet, dass, unter Voraussetzung des hier allerdings stets erforderlichen *dolus*, auch wirkliche Cession in der Stelle mitgemeint sei; der Verlust der Forderung erklärt sich aber daraus, weil die Forderung sonst beim Cedenten, die verbotene Handlung also straflos bliebe. Fritz's Erl. Bd. II. S. 215. Zweifel scheinen mir zu gesucht, und die Titelinskription für die Auslegung der beiden Konstitutionen doch auch in Anschlag zu kommen. Darüber, wem nun dieser Gewinn zu Theil werde, ob dem Fiskus, oder ob der Schuldner befreit werde, ist sodann ein fernerer Streit unter den Juristen entstanden; die herrschende Lehre ist für das letztere, s. Puchta und Vangerow, dagegen ist Mühlenbruch S. 377 ff. für das erstere. Was nun aber die Hauptsache betrifft, ob denn die ganze Vorschrift von der *cessio in potentiorem* überhaupt noch Anspruch auf praktische Anwendbarkeit habe, so ist dieser Frage nach meinem Erachten nicht die erforderliche Aufmerksamkeit zu Theil geworden. In den Quellen ist der Begriff des *potentior* nicht bestimmt. Mühlenbruch S. 380. lehrt, dass „für uns nichts übrig bleibe, als aus den Worten, wie aus der Veranlassung und dem Zweck des Verbots die Bedeutung des Ausdrucks zu bestimmen zu suchen. Danach könne nun unmöglich unter einem Mächtigeren Jeder gemeint sein, wer an Ansehen oder Einfluss den Schuldner oder Cedenten übertreffe, — was sich *in concreto* am Ende gar nicht ermitteln lasse; richtiger sei es wohl, Den als *pot.* zu betrachten, wer vermöge der Würde oder des Amts, das er bekleidet, zum Schuldner in solchem Verhältniss stehe, dass dieser wohl in den meisten Fällen weit leichter zur Nachgiebigkeit bewogen werden dürfte, als dass er es wagt, ihn durch standhafte Vertheidigung seines Rechts gegen sich aufzubringen. Genauer lasse sich dieser Begriff für die Theorie schlechterdings nicht bestimmen"; die Anwendung davon werde sich leicht machen(?). Ihm treten hierin Puchta u. Vangerow, der indessen in der 6. Ausg. S. 122. die Vorschrift jetzt wenigstens als „nicht mehr angemessen" zugiebt, bei. Diese unsicher versuchte Rettung einer praktischen Bedeutung des Begriffs, neben welcher sogleich eine Anzahl von Verhältnissen zugegeben wird, in welchen man, der Gleichheit der Voraussetzung ungeachtet, auf die Vorschrift verzichten muss, und welche offenbar wenigstens mit dem römischen Begriff des *potentior* nicht in Einklang ist (s. *Gothofredus*, *Comm. ad Theod. Cod. II.* 13. und 14.), so dass es höchst bedenklich wird, die allgemeinere Bedeutung des Worts geltend machen zu wollen, wird man für mislungen erklären müssen, wenn man nur erwägt, dass doch ein solcher Schuldner, von dem man voraussetzt, dass er sich auf diese Weise einschüchtern lassen werde, sein gutes Recht im Prozess zu vertheidigen, noch weit weniger herzhaft genug sein werde, um der hohen Respektsperson die ganze Forderung unter Vorhalt eines begangenen dolosen Streichs zu Wasser zu machen. Welchen praktischen Nutzen sollte also das Verbot erreichen können? Erwägt man ferner die von Mühlenbruch selbst sehr befriedigend nachgewiesenen sittlichen Zustände bei den Römern, welche diese und ähnliche gesetzliche Vorschriften hervorriefen, so ist offenbar nicht ein solcher, oder nicht nur ein solcher innerlicher Grund für den Schuldner als geeignet, und als Mittel zur Charakterisirung des *potentior* zu verstehen, sondern vielmehr ein äusserer gefährlicher Einfluss des letzteren auf den Gang des Prozesses, also auf den Richter, s. c. 1. *d.* zelbst; und in dieser Sphäre begegnet man bekanntlich Zuständen und Möglichkeiten, welche wenigstens unter einer solchen, wie unserer Justizpflege — mit geregeltem Instanzenzug — nicht mehr vorkommen können. Hierin kann mich auch der Nachklang in c. 2. *X. de Alienat. jud. mut.* nicht irre machen; s. auch deshalb Fritz Erl. Bd. II. S. 218 f. Dass hin und wieder ängstliche und beschränkte Men-

darin nämlich beruht überhaupt der Grund dieses Verbots. Das Zuwiderhandeln hat den Verlust der Forderung für den Cedenten und deren völlige Aufhebung zur Folge, so dass sie der Schuldner profitirt[41].

2) Verboten ist ferner die Cession in Streit befangener Forderungen[42], wohin jedoch die ausgeklagten rechtskräftig zuerkannten nicht gehören[43]. Begünstigung und Nothwendigkeit haben hiervon für Cessionen zur Bestellung eines Heirathsguts, einer Schenkung wegen der Ehe, bei Vergleichen, Erbtheilungen und in Folge von Vermächtnissen Ausnahmen anerkennen lassen[44].

3) Verboten ist ferner den Juden die Cession der ihnen an Christen zuständigen Forderungen an andere Christen; auch geht hier die cedirte Forderung selbst zu Gunsten des Schuldners verloren[45]. Ausnahmen von diesem Verbot müssen

schen eine ähnliche Besorgniss vor Prozessen mit reichen, angesehenen oder hohen Personen befällt, gegen die man doch nicht aufkomme, und sie einen mageren Vergleich einem fetten Prozess vorziehen, oder lieber Unrecht sich gefallen lassen, als auf Urtel und Recht bestehen, ist natürlich kein Gegenargument; das ist ein offenbarer Irrthum, während nach den sittlichen Zuständen zur Zeit der Entstehung dieser Bestimmungen die Besorgniss eine sehr wohlgegründete gewesen sein muss, wie eben deren Nothwendigkeit und dass die Kaiser den Richtern gegen die *potentes* selbst Muth einsprachen, beweist. Dass aber gegenwärtig eine solche Besorgniss mit Grund gehegt werden dürfe, und, wohl zu merken, in einer solchen Ausdehnung, dass es einer allgemeinen gesetzlichen Bestimmung dieser Art dagegen bedürfte, das bin ich, zur Ehre des deutschen Richterstands, ganz dreist in Abrede, und damit zugleich, dass zur Anwendung der römischen Bestimmung sich wirklich noch irgend eine praktische Gestaltung vorfinde. Namentlich kann ich auch die in solcher, wie der gedachten dolosen Absicht geschehene Uebertragung von Forderungen an den Fiskus oder den Landsherrn nicht für ungültig erachten; ich finde vielmehr das in den Stellen, worauf man sich zu berufen pflegt, fr. 22. §. 2. *de J. F.*, *Pauli S. R. Lib. V. Tit.* 12. §. 7. 8. c. 2. *Ne fiscus* etc. gar nicht einmal gesagt, sondern diese Stellen enthalten nur die Erklärung, dass die Annahme von Schenkungen unter solchen Umständen verweigert werden werde.

41 Nov. 72. c. 5., wodurch das ältere R. abgeändert wurde, s. Mühlenbruch §. 32., s. dens. S. 391. darüber, dass das Gesetz sowohl *tutores* als *curatores* umfasse; im Urtext ist κηδεμὼν gebraucht. Bestritten ist: 1) ob der Pflegebefohlene nicht wenigstens *naturaliter* obligirt bleibe, so dass *solutum repeti non potest?* Dies ist zu verneinen, weil die Forderung zum Vortheil des Pflegebefohlenen für erloschen erklärt wird. Vergl. Puchta S. 645. 2) Ob die Verordnung auf Administratoren moralischer Personen anzuwenden sei? Dies ist bei diesem *jus singulare* unzulässig, s. Mühlenbruch S. 394. Ueber die Einschränkung auf die nach Auflösung der Vormundschaft entstandenen Forderungen s. den ersteren gegen den letzteren a. a. O.

42 C. 2—4. *de Litigios.* s. hierzu Mühlenbruch §. 31. An einem Grunde zur Ausdehnung des Verbots der Veräusserung *rer. litigiosar.* auf Forderungen fehlt es eigentlich (vergl. §. 33. Anm. 16), denn worin hier eine den Schuldner besonders gefährdende Absicht liegen könne, wie Puchta S. 646. 2 annimmt, weiss ich doch nicht. Dennoch ist die Anwendbarkeit desselben nicht zu bestreiten, s. Mühlenbruch S. 388. und die dort Gen., dass es in der Praxis zuweilen ausser Uebung geblieben ist, ändert nichts daran.

43 Arg. c. 1. *de Contrar. tut.* Vergl. Mühlenbruch S. 287 f. Diese sind an die Stelle der cessibelen *a. judicati* getreten.

44 C. 4. *d.* s. dens. S. 386 f.

45 R. A. v. 1551. §. 79. R. P. O. v. 1577. Tit. 20. §. 4. Ueber den ursprünglichen Grund dazu vergl. Mühlenbruch §. 34. Mag auch dieser, nämlich vermutheter Wucher, nicht als allgemein betrachtet werden dürfen, so besteht das Verbot auch ohne ihn für sich, und namentlich nach der zweiten Stelle ohne alle Beziehung darauf. — Man hat mit der Zeit allerhand Limitationen dieses Gesetzes versucht; wo die Juden in bürgerlicher Hinsicht den Christen durch Partikularrecht gleichgestellt sind, erledigt es sich selbstverständlich; allein ausser den im Text gedachten Ausnahmen lässt sich, obwohl die Praxis oft genug davon abgesehen hat, ein Beiseiteschieben durchaus nicht recht-

anerkannt werden, wenn durch Hülfsvollstreckung in das Vermögen eines Juden, oder in einem über dasselbe ausgebrochenen Konkurs Forderungen an seine Gläubiger übergehen, und bei Auseinandersetzungen bestehender Gemeinschaftsverhältnisse.

4) Eine besondere Beschränkung der Cessionen ist endlich die, dass, wenn denselben ein Kauf zu Grunde liegt, der Cessionar vom abgetretenen Schuldner nicht mehr, als er selbst dafür gegeben hat, und auch davon nur die Zinsen fordern kann[46]. Hiermit ist den eigentlichen Handel mit Forderungen auszuschliessen beabsichtigt worden. Zur Verhinderung von Umgehungen dieser Vorschrift ist namentlich auch verboten, ausgesprochenermaassen Forderungen zum Theil gegen Abfindung und vorwandlich zum anderen Theil schenkungsweise, oder zwar vorwandlich ganz und gar schenkungsweise, dennoch aber gegen einige Vergütigung im Stillen auf Andere zu übertragen, widrigen Falls soll der Cessionar immer nur soviel vom abgetretenen Schuldner fordern können, als er selbst gegeben hat; wirklich beabsichtigte Schenkungen sind freilich als möglich hierbei nicht abgeschnitten[47]. Die Anwendung dieser Vorschrift setzt Geld als Inhalt der Leistung des

fertigen. S. dens. Diese Praxis bezeugt vom R. C.-Gericht Cramer Wetzlar. Nebenst. Thl. III. S. 108 ff. Die reichsgesetzlichen Stellen seien „ausser Observanz". Dagegen ist mir von dem Vorsitzenden eines bedeutenden Universitäts-Spruchhofs mitgetheilt worden, dass z. B. in Frankfurter Spruchsachen auf das Verbot als zweifellos praktisch Bezug genommen zu werden pflege. Dass aber die Forderung dem Fiskus zufalle, wie Mühlenbruch auch behauptet, ist unrichtig, s. Puchta S. 647. und Vangerow S. 114.

[46] Diese, in c. 22. *Mandati* eingeführte Beschränkung hat nicht nur zu vielfachen Zweifeln, Fragen und Streitereien Veranlassung gegeben, sondern ist auch der Gegenstand lebhafter Angriffe geworden, welche denn auch zu den Versuchen von allerlei Beschränkungen geführt haben; s. bei Mühlenbruch §. 53., der das Gesetz heftig angreift, und Glück Komm. Bd. XVI. S. 458 ff. und die dort Gen. Die Ehrenrettung des K. Anastasius hat besonders Puchta S. 647 f. übernommen, indem er den, nach m. E. ganz richtigen, Gesichtspunkt dafür aufstellt, dass, um Misbrauch mit Cessionen zum Schaden des Schuldners zu verhindern, man als das geeignetste Mittel das anerkannt habe, den Forderungen die Eigenschaft eines Handelsartikels zu entziehen; denn nun wurde jede Forderung nur ein absolutes Aequivalent des Preises. Dieser Zweck kann allerdings je nach Verschiedenheit der Umstände, der Ansichten über Gegenstände des Verkehrs u. s. w. verschiedener Beurtheilung unterliegen. Indessen gereicht dies einem in einer gewissen Zeit erlassenen Gesetz natürlich nicht zum Vorwurf, so wenig, wie dass es nicht alle Wege abzuschneiden vermogt hat, seine Vorschriften zu umgehen. Je nachdem man nun mehr geneigt ist, sich der Ansicht, von welcher der Gesetzgeber ausgegangen ist, anzuschliessen, oder zu widersprechen, wird man auch geneigt sein, mehr oder weniger Ausnahmen als gerechtfertigt anzuerkennen. S. die ff. Anmm.

[47] C. 23. *eod.*, vergl. Mühlenbruch S. 537. Der besondere Inhalt dieses Gesetzes ist sehr prekär. C. 22. *d.* selbst nimmt Schenkungen von Forderungen von der Beschränkung aus. Dass nun der abgetretene Schuldner eine Scheinschenkung, betreffe sie die Forderung ganz oder zum Theil, schon vom Standpunkt des anastas. Gesetzes aus anfechten könne, nämlich durch *duplica doli*, dürfte keinem Zweifel unterzogen werden; der Erfolg wird also schon danach immer der sein, dass jener nur soviel zu zahlen hat, als der Cessionar wirklich für die Forderung gegeben hat, denn das war ja der Zweck des Gesetzes. Dass nämlich das blosse Berufen auf geschehene Schenkung gegen die *exc. legis Anastas.* ohne Beweis bei (*duplicando*) erhobenem Widerspruch, danach schon auf Seiten des Cessionars für hinreichend erachtet worden sei, lässt sich doch in der That nicht wohl denken. Ist diese Voraussetzung nöthig, so sprach c. 23. *d.* nur etwas ausdrücklich und ausführlich aus, was sich eigentlich schon von selbst verstand; ich habe seinen Inhalt daher möglichst wörtlich wiedergegeben (*nulli licere partem etc.*), so dass denn danach nur das gröbste Mittel zur Umgehung des Gesetzes als ausdrücklich ausgeschlossen erscheint.

Schuldners voraus, dennoch ist es nicht nothwendig, dass die Forderung ursprünglich eine Geldsumme betreffe, sondern es kommt auf Eins damit hinaus, wenn durch Berechnung und Forderung des Interesses anstatt der schuldigen Handlung letztere in ersteres verwandelt wird; ohnedies ist allerdings die Anwendung ausgeschlossen, und daher hat es denn der Schuldner in seiner Gewalt, für den Fall der Verurtheilung in eine Leistung anderer Art durch fortgesetzte Verweigerung die Berechnung des Interesses zu erzwingen, und dagegen die Beschränkung auf die Erwerbssumme geltend zu machen [48]. Ausgenommen von dieser Beschränkung [49] sind aber: a) Cessionen in solchen Fällen, wo sie durch die Umstände, nicht durch spekulirende Berechnung des Cessionars herbeigeführt sind, namentlich: bei Theilungen und Auseinandersetzungen zwischen Theilhabern an einem Gemeingut, besonders also bei Erbtheilungen und Gesellschaftsauflösungen; bei der Angabe einer Forderung an Zahlungsstatt; bei der gegen Abfindung eines Gläubigers durch den Pfandbesitzer erfolgenden Cession der Forderung desselben [50], und bei den durch Meistgebot in öffentlichen Versteigerungen geschehenen Erwerbungen von Forderungen [51].

b) Dem Zweck des Verbots gemäs sind ihm solche Forderungen enthoben, welche ihrer Natur und ihrer Bestimmung nach, überhaupt und leicht von einer Hand in die andere zu gehen, darauf berechnet sind, Gegenstände des Handels zu

[48] Hierüber ist Streit. Glück Komm. Bd. XVI. S. 463. bezieht das anastas. Gesetz ausschliesslich auf Geldschulden; da er diesen die „dinglichen Klagen" entgegenstellt, so ist es zweifelhaft, wie er dies eigentlich verstehe. Mühlenbruch S. 543. lehrt: „dass dasselbe nur auf die Cession solcher Klagen bezogen werden dürfe, die auf Verfolgung fungibeler Sachen zustehen", und zwar einfach darum, dass ein Abzug des zu wenig Bezahlten vom Gegenstand der Forderung sonst gar nicht gedenkbar sei. Hier ist aber die Verwandlung desselben in die Leistung des Interesses übersehen. Mag es sein, dass der Kaiser Anastasius wirklich nur die Geldforderungen gemeint habe, indem die Machinationen, welche er vereiteln wollte, meist nur bei diesen zutreffen, so ist doch die Bezeichnung: *cessiones aliis competentium action.* so allgemein, dass ich mich nicht nur für berechtigt, sondern für verpflichtet halte, keine Beschränkung von objektiver Art anzuerkennen. Geht man nun aber einmal über die Geldforderungen hinaus, so weiss ich nicht, mit welchem Recht man bei denen fungibeler Sachen stehen bleiben will. S. auch Puchta S. 650. Nun könnte sich nur noch fragen, wie es mit dem Vorschützen der Exception aus der gesetzlichen Vorschrift dann zu halten sei, wenn der Cessionar von vornherein nicht das Interesse zum Gegenstand seiner Klage macht? S. §. 83. z. A., §. 85. z. A., §. 86. z. A. und §. 90. z. A. Ohne Zweifel ist die *exc.* schon hier an ihrem gewöhnlichen Platz zulässig, indessen glaube ich auch, dass dieselbe, wenn es erst in der Exekutionsinstanz zur Forderung und Berechung des Interesses kommt, keineswegs durch die sonstige prozessualische Nothwendigkeit der Verbindung der peremtorischen Exceptionen mit der Einlassung ausgeschlossen ist. Erscheint ein solcher Exekutionsantrag nämlich recht eigentlich wie eine besondere *actio judicati*, so müssen auch die gegen diese im Besonderen gerichteten Exceptionen nun erst noch zulässig sein.

[49] Man darf hierbei nicht ausser Acht lassen, dass, dem Begriff des Kaufs gemäs, von der Einschränkung nur die für Geld, nicht auf andere Weise, wie durch Tausch u. s. w., erworbenen Forderungen, der Regel nach betroffen werden, s. Mühlenbruch S. 539 ff., nur ist freilich die Aufmerksamkeit darauf zu richten, ob nicht eine Umgehung des Gesetzes beabsichtigt ist; s. Pfeiffer prakt. Ausführ. Bd. I. S. 43, 48.

[50] Diese Ausnahme statuirt c. 22. *d.* selbst, vergl. dazu Mühlenbruch S. 541 ff. Das ihnen zu Grunde liegende im Text angegebene Princip berechtigt zu der Anwendung desselben auch in anderen Fällen von gleicher Natur.

[51] Hierüber herrscht m. W. keine Meinungsverschiedenheit, s. Mühlenbruch S. 544. 3), Puchta S. 649.

sein, also Wechselforderungen, Obligationen auf den Briefinhaber, und Staatsobligationen [52].

c) Vorausgesetzt ist natürlich, dass sich bestimmt ermitteln lässt, wieviel für die cedirte Forderung gegeben worden ist; danach richtet sich auch die Summe des Interesses, wenn es auf dessen Forderung und Berechnung anstatt des eigentlichen Gegenstands hinauskommt. Sind nun mehrere Forderungen wider verschiedene Schuldner um Eine Summe cedirt worden, so lässt sich nicht sagen, dass eine verhältnissmässige Vertheilung der Kaufsumme auf den Nennbetrag geschehen müsse, weil nicht feststeht, dass dies auch Absicht gewesen sei, vielmehr wird der Zweck der Einschränkung auf die Art erreicht, dass der Cessionar beliebig jeden Schuldner angreifen, aber im Ganzen von allen nicht mehr zurückfordern kann, als er selbst gegeben hat, so dass, wenn er dies von dem oder den zuerst angegriffenen Schuldnern erlangt hat, die übrigen frei ausgehen [53]. Nur wenn eine Mehrheit von Sachen und Forderungen, wie eine Erbschaft, gekauft, oder eine Mehrheit von Forderungen und Verpflichtungen um eine Gesammtsumme übernommen worden ist, ist die Anwendung der gesetzlichen Vorschrift ausgeschlossen, ausgenommen wenn die Kaufsumme nicht einmal den Betrag der darunter begriffenen Geldforderungen deckt [54].

d) Endlich ist die Cession der Forderung eines ungewissen und gewagten Gegenstands, der also noch nicht existirt, ohne Einschränkung rücksichtlich der Kaufsumme gestattet [55].

[52] Obwohl die c. 22. *d.* keine Aenderung zu einem solchen Unterschied enthält, so hat doch das allgemein gefühlte Bedürfniss hier eine Ausnahme als unabweislich anerkannt, s. Mühlenbruch S. 546. und die dort Gen., und Puchta S. 649., doch sind über einzelne Modalitäten derselben manche Meinungsverschiedenheiten vorhanden. So wollen Einige, z. B. Linde in der Zeitschrift Bd. III. S. 19 ff., nur Staatspapiere ausgenommen wissen, allein der für die Ausnahme anzuerkennende Grund reicht offenbar über diese hinaus. Fernerer Streit ist darüber, ob bei der Cession der sog. Engagementsbriefe die *L. Anastas.* anwendbar sei? Die Frage ist ebenfalls aus dem allgemeinen Gesichtspunkt zu verneinen, s. Puchta S. 650. (a. M. Mühlenbruch S. 547.) und vergl. auch Anm. [55].

[53] Diese Beschränkung erkennt Mühlenbruch S. 544. nicht an, sondern lehrt, dass die *Lex Anastas.* hier ganz unanwendbar sei, weil sich die Summe nicht ausmitteln lasse, welche für die abgetretene Forderung gezahlt worden; Puchta S. 651. dagegen glaubt, dass schlechthin die Einschränkung zur Anwendung komme, indessen lässt er sich darüber nicht aus, wie sich das in der Wirklichkeit gestalten werde. Mühlenbruch hat sich in der 3. Aufl. seines Buchs auf Veranlassung eines gewissen Prozesses, in welchem ich als Advokat diente, über diesen Fall in der gedachten Weise erklärt, die ich dem Interesse meines Klienten gemäs verfocht; ich kann aber nicht zurückhalten, dass mir diejenige, welche ich im Text jetzt aufgestellt habe, als die juristisch allein richtige und dem Zweck des Gesetzes entsprechende erscheint. Sind also z. B. drei Forderungen, an A. von 100, an B. von 200, an C. von 300, für eine Valuta von 150 cedirt, so würde A., zuerst angegriffen, sich mit der *exc.* gar nicht schützen können, B. hinterher angegriffen, aber allerdings so, dass er nur 50 noch zu zahlen braucht, ebenso C., wenn er anstatt des B. nach A. angegriffen wird. Hat hingegen der Gläubiger von A. bereits 100, und von B. (oder C.) 50 erhalten, so kann er nun gar nichts weiter fordern. B. oder C., zuerst angegriffen, würden sich mit der *exc.* schützen können, und nur 150 zu zahlen nöthig haben, und dann der resp. andere von ihnen und A. ganz frei ausgehen. Es ist übrigens nicht unwahrscheinlich, dass Puchta von dem von ihm festgehaltenen Standpunkt aus diesen Fall gerade ebenso entschieden haben würde.

[54] Die in voriger Anm. gen. Schriftsteller sind über die Regel einverstanden, ohne der Ausnahme zu gedenken, ja sie scheinen sie zu leugnen; gleichwohl ist dieser Fall offenbar dem vorigen gleich, s. auch Unterholzner a. a. O. S. 604.

[55] Vergl. Puchta S. 651. d). Hiermit sind nicht zu verwechseln die ungewissen oder un-

Diese Beschränkung ist von dem vom Cessionar angegriffenen Schuldner seiner Zeit durch Exception geltend zu machen, und da nun letzteren Niemand ausser dem ersteren überhaupt verklagen kann, so kommt jenem der Ueberschuss zu Gute[56]. Mit dem Beweis aber verhält es sich hier so, dass, wenn der Fall von der Art ist, dass der Schuldner erst den Kauf als Grund der Cession zur Sprache bringen muss, er dies auch zu beweisen hat; hingesehen auf den Beweis der Zahlung der ganzen Summe aber hat der Einwand den Charakter einer Verneinung, so dass der Cessionar beweisen muss, dass er die ganze Summe an den Cedenten gezahlt habe. Hierzu aber genügt ein entweder in der Cessionsurkunde selbst enthaltenes, oder abgesondert davon geschehenes Bekenntniss des Cedenten, wogegen dann der abgetretene Schuldner den Gegenbeweis führen müsste, wenn er bei dem Bestreiten, dass die ganze Summe gezahlt sei, beharrt[57]. (S. noch a. E. dieses §.)

IV. Die Wirkungen der Cession zeigen sich in Folge der Begründung und beziehungsweise der Veränderung der Verhältnisse zwischen den drei daran betheiligten Personen, dem Cedenten, dem Cessionar und dem abgetretenen Schuldner, nach drei verschiedenen Beziehungen hin.

A. Die Bestimmung des Verhältnisses zwischen dem Cedenten und dem Cessionar ist, mit der Vorbemerkung, dass hier vorzugsweise die auf einem Rechts-

sicheren Forderungen, in Betreff deren von Manchen ohne Grund eine Ausnahme vertheidigt worden ist. S. Mühlenbruch S. 548 ff. und das. auch noch über andere unstatthafte Beschränkungen und Ausnahmen.

56 Hierüber ist auch Streit gewesen, indessen spricht gar nichts für die Meinung, dass der Ueberrest an den Fiskus falle, s. Mühlenbruch S. 550., Puchta S. 651. Wider eine neuerlich (von Brackenhöft im Archiv Bd. 23. Nr. 6.) ausgesprochene unterscheidende Ansicht, wonach dem Cedenten der Rest verbleibe, wenn er ein reines Kaufgeschäft abgeschlossen, und nur bei einer Vermischung des Kaufs mit Schenkung verloren gehe, s. Vangerow S. 126 ff. Darüber endlich, dass auch in Ansehung dieses Rechts keine *naturalis obl.* bleibe, s. Mühlenbruch und dens. an den aa. OO.

57 Diese Beweislast ist ausserordentlich bestritten; die Lit. s. bei Mühlenbruch S. 605 f. und Vangerow S. 129. Die am meisten verbreitete Ansicht geht dahin, dass dem Cessionar der Beweis obliege, er habe so viel an den Cedenten gezahlt, wie er einklage, s. Glück Komm. Bd. XVI. S. 471. und die dort. Anm. 15. 16., und bei Burchardi im Archiv Bd. 18. Nr. 8. Anm. 2. Gen., dazu Puchta a. a. O. S. 651. Eine andere neuerlich besonders von Burchardi auszuführen versuchte Ansicht ist die, der abgetretene Schuldner müsse beweisen, dass und wieviel der Cessionar weniger bezahlt habe. Diese hat überzeugend widerlegt Vangerow S. 131 ff., ingleichen eine ebenfalls neuerlich von Brackenhöft (s. vorige Anm.) zu begründen versuchte, danach unterscheidende Meinung, ob sich der Schuldner auf c. 22. oder c. 23. *Mandati* berufe. Die gemeine Meinung rechtfertigt sich in Betracht, dass diese beiden gen. Konstit. nur soweit die Klage gestatten, als der Cessionar Valuta gezahlt, aus diesen unmittelbar in sofern, als doch danach nur die Zahlung zum Klaggrunde gehört, und also deren Beweis auf den Kläger fällt. Hierzu aber muss eine im Cessionsinstrument enthaltene Quittung, oder ein sonstiges Empfangsbekenntniss des Cedenten genügen. Zwar ist hierüber Streit entstanden, namentlich aus dem Gesichtspunkt der Beweiskraft von Privaturkunden, allein die dagegen erhobenen Zweifel sind hier ungegründet, s. Gensler im Archiv Bd. II. S. 4 ff. Mühlenbruch S. 605 ff. Denn eine Urkunde der Art enthält nicht sowohl ein Zeugniss, als eine verfügende Willenserklärung Jemands über seine Rechte; diese würde absolute Kraft haben, geschähe sie persönlich in Gegenwart des Schuldners, das schriftliche Bekenntniss nun, dass sie geschehen sei, muss zwischen den Partheien beweisen, sobald es anerkannt ist, und daher ist die Urkunde darüber rekognoscibel. Ebenso muss die Aussage des Cedenten, wenn er als Zeuge vernommen worden, vollen Beweis herstellen. Dem Schuldner ist also nichts übrig, als den Gegenbeweis zu führen.

geschäft beruhende Cession zu verstehen ist, zuvörderst von dem Verpflichtungsgrunde zur Cession abhängig, wie dieser unter No. II. a. erörtert worden ist. Das Geschäft, welches diesen ausmacht, steht, wie dort bemerkt wurde, unter seinen eigenthümlichen Regeln, also als Kauf, Tausch u. s. w., ohne dass der Gegenstand desselben, d. i. die Forderung, Ausnahmen zur Folge hätte[58]. Hieraus entspringen denn also auch die verschiedenen gegenseitigen Rechte und Verpflichtungen. Mit der demgemäs nothwendigen Uebertragung, dem Akt der Cession, allein, welcher aber nur in besonderen Fällen getrennt von dem zu Grunde liegenden Geschäft hervortreten und in der Regel mit diesem selbst zusammentreffen wird (s. o. Nr. II. a.), genügt jedoch der Cedent seiner Verbindlichkeit gegen den Cessionar nicht. Es gehört nämlich: 1) noch zu seinen Verpflichtungen daraus, dass er nicht nur dem Cessionar kein Hinderniss in den Weg lege, die Forderung in Gemäsheit der Cession auszuüben, sondern ihm auch alle Mittel dazu ausantworte, wie die Schuldurkunden, oder zugänglich mache, ihn von allen darauf einflussreichen Umständen unterrichte, und mit den nöthigen Beweismitteln bekannt mache[59]. Er hat ferner 2) dem Cessionar dasjenige herauszugeben, was er nach der Cession vom Schuldner durch unmittelbare Leistung, soweit jener eine solche mit Erfolg noch an ihn abführen konnte, oder mittelbar, also auch in Folge einer gegen ihn noch begründet wordenen Kompensation, empfangen hat[60]. Er hat ihm ferner 3), wenn nichts Besonderes ausdrücklich darüber beabredet worden, dafür einzustehen, dass die abgetretene Forderung sammt den etwanigen accessorischen Forderungen an Bürgen und Pfändern wirklich existire, also durch keinen Umstand in ihrer Wirksamkeit beeinträchtigt, oder gar erloschen und aufgehoben sei[61]. Dazu gehört auch die Klagbarkeit derselben, so dass also deren Mangel ausdrücklich bevorwortet sein muss[62]. Für die Güte der Forderung, d. i. die Zahlungsfähigkeit des Schuldners oder der

[58] Hiernach ist also auch die Frage von der Anwendbarkeit der Bestimmungen über *laesio enormis* zu beantworten, welche Mühlenbruch S. 622. aus unhaltbaren Gründen (denn sie betreffen den Kauf von Forderungen nicht allein, sondern ohne Einschränkug des Gegenstands) verneint, s. dagegen Puchta S. 652. S. noch oben bei Anm. [10]; Mühlenbruch S. 621. scheint hier eine *exc. non adimpleti contr.* bezüglich der Gegenleistung für statthaft zu halten, so dass der Cessionar die Kreditirung der Valuta beweisen müsse. Allein ohne hinreichenden Grund. Die Nothwendigkeit nämlich, dass beim Kauf von Sachen der Uebergang des Eigenthums, wenn keine Zahlung erfolgt ist, nur nach geschehener Kreditirung des Preises als erfolgt betrachtet wird, und also deren Beweis geführt werden muss, beruht darauf, dass die Absicht der Uebertragung des Eigenthums durch die Tradition von Seiten des Verkäufers ohne empfangene Zahlung nicht vermuthet werden soll. Um eine mögliche verschiedenartige Interpretation eines Akts, der Tradition, handelt es sich aber beim Kauf von Forderungen nicht. S. Puchta S. 641.

[59] S. Mühlenbruch S. 621.; er wird daher auch ein Cess.-Instrument fordern können; s. Bähr a. a. O. S. 481.

[60] Fr. 23. §. 1. *de Hered. vend.* Vergl. noch C. a. E. 3). Vergl. Bähr a. a. O. S. 439.

[61] Fr. 4. 5. (*debitorem esse praestare, — et quidem sine exceptione quoque*) *eod.* fr. 74. §. 3. *de Eviction.* (*nomen — duntaxat ut sit, non ut exigi etiam aliquid possit et dolum praestare*) fr. 30. *de Pignoribus.* Ueber den dennoch wegen Beantwortung dieser Frage entstandenen Streit s. Mühlenbruch S. 623 ff. Ueber die Kompensationseinrede des *debitor cessus* im Bes. vergl. Dernburg Kompens. S. 390 f. und s. oben S. 414. — Hiernach erledigt sich auch die mit Unrecht der diesseitigen Anschauung von Bähr a. a. O. S. 434. oktroyirte Nothwendigkeit, dass, wenn der *deb. cess.* den Cedenten beerbe, die Schuld durch Konfussion erlöschen müsse; vielmehr tritt er in dessen obgedachte Verpflichtung ein.

[62] S. A. D. Weber Beitr. zu Kl. und Einr. 1. St. S. 42. Mühlenbruch S. 636. Puchta S. 653.

Bürgen oder den Werth des Pfands, haftet der Cedent jedoch regelmässig, wenn es nicht ausdrücklich ausgemacht worden [63], nicht [64], ausgenommen in folgenden Fällen: a) wenn der Cedent den Cessionar entweder arglistig zur Uebernahme der Forderung veranlasst oder sich sonst dabei der geflissentlichen Verheimlichung solcher Umstände schuldig gemacht hat, welche den Cessionar von dem Geschäft abzuhalten geeignet gewesen wären [65]. b) Wenn er es herbeigeführt hat, dass dieselbe nicht realisirt werden kann. c) Wenn eine Forderung an Zahlungsstatt cedirt worden ist, haftet der Cedent für die Güte derselben dann, wenn dieselbe aus Nothwendigkeit zur Befriedigung einer ausgeklagten Forderung hat angenommen werden müssen, nicht aber bei den auf freier Uebereinkunft beruhenden Annahmen an Zahlungsstatt [66]. d) Wenn eine Forderung zur Bestellung eines Heirathsguts cedirt worden ist, trägt der Cedent die Gefahr ihrer Güte, d. h. es kommen gegen den Cedenten wegen Inexigibilität derselben bei einstiger Rückgabe dieselben Grundsätze zur Anwendung, wie gegen Entwährung anderer dazu bestellten Gegenstände [67]. — Die Nothwendigkeit der Vertretung der Existenz der Forderung selbst endlich tritt ausser Wirksamkeit in allen den Fällen, wo der Cedent aus keinem anderen Grunde, als in sofern er die Forderung hatte, zur Cession derselben verpflichtet war [68], wenn die Cession auf einer Schenkung beruht, und wenn auf einem Vermächtniss [69].

B. Das Verhältniss des Cedenten zum abgetretenen Schuldner — wofür hier wieder die Vorbemerkung zum vorigen Buchstaben gilt — wird, durch die Cession

[63] Das in Bezug hierauf häufig vorkommende Versprechen der Gewährleistung ist als eine Zusage, für die Güte der Forderung haften zu wollen, zu verstehen; s. Mühlenbruch S. 629. Wenn dagegen ders. S. 628. die Solvenz des Schuldners zur Zeit der Cession für eine so wesentliche Voraussetzung der Cession hält, dass die Täuschung darüber ein Irrthum von solcher Stärke sei, welcher das Geschäft aufhebe, so scheint mir diese Annahme doch nicht hinlänglich gerechtfertigt, da ja doch der Schuldner *debitor est*, und es nicht darauf ankommen soll, *ut exigi possit*. Uebrigens wird die Forderung des Cessionars gegen den Cedenten aus dessen Haftversprechen für die Güte der Forderung bei einer ferneren Cession dieser dem weiteren Cessionar als mitcedirt angesehen; s. Arch. f. prakt. R.-Wiss. Bd. VI. S. 156.

[64] S. die Stellen der Anm. [61] und dens. a. a. O. Dafür hat der Cedent nicht einzustehen, dass der Schuldner nicht einen Spezialindult erhalten habe, oder die Forderung nicht erst nach langer Zeit fällig sei, sobald er nur selbst damit unbekannt gewesen, denn sonst würde das Verschweigen *dolus* sein. S. Mühlenbruch S. 627. 629. Puchta S. 653. Wegen des Einstehens für die Pfandr. vergl. Dernburg Pfandr. Bd. I. S. 562—64.

[65] S. Glück a. a. O. S. 451. und Mühlenbruch die das. S. 630. und Anm. [195] Gen.

[66] S. dies., aber besonders den letzteren a. a. O. zum Theil gegen ersteren. Bähr will S. 435. der gemeinen Lehre von der Cession, welche bei einer *in solutum* geschehenen Cession die Solution erst mit der Denunciation (s. Anm. [74]) annehme, als Fehler nachweisen, dass, wenn vorher der *deb. cess.* insolvent werde, der Cessionar nun auf den Cedenten zurückgreifen könne. Dies erledigt sich nach Obigem.

[67] S. Mühlenbruch S. 630. und 431 ff., Fritz Erl. Bd. II. S. 221. und Puchta S. 653 f. Dieser Punkt findet seine praktische Bedeutung bei der Frage von der Verpflichtung der Restitution der *dos*. Eigentlich also ist von einer Haftung des Cedenten für die Güte gar nicht die Rede; da nun aber diese häufig behauptet wird, so ist das wahre Sachverhältniss hier kurz berührt worden.

[68] Hierher gehören die Fälle der *necessaria cessio*, und die, wo sich ein Verklagter durch Abtretung ihm zuständiger Klagen wider Dritte von einer Klage losmachen kann, s. z. B. fr. 16. §. 7. *de H. P.*, fr. 8. pr. *de Leg.* III., fr. 73. *de Cond. et demonstr.*, fr. 1. §. 16. *Si quadrupes*, fr. 31. pr. *de A. E.* u. s. w. S. Mühlenbruch S. 630.

[69] Dies beruht in Ansehung der Schenkung auf der allgemeinen Regel in §. 110. a. E., für die Alimente gebietet es die Analogie.

allein in nichts geändert, sondern es stehen ihm als solchem nach wie vor dieselben Befugnisse rücksichtlich der Forderung wider den abgetretenen Schuldner zu, wie vorher [70], denn dass er dadurch seine vertragsmässigen Obliegenheiten gegen den Cessionar verletzen würde, ist eine Sache für sich. Gleichwohl widerstreitet die Fortdauer dieser Beziehungen dem Zweck der Cession, und die abgetretene Forderung wird auch sofort ein disponibles Vermögensstück des Cessionars [71]. Um daher die praktischen Folgen jener Fortdauer auszuschliessen, ist dem Cessionar ein Mittel gegeben, wodurch er sich mit dem abgetretenen Schuldner in ein so festes Verhältniss setzen kann, dass der Cedent allen und jeden Einfluss darauf verliert, und nicht nur er zum Nachtheil des Cessionars in keiner Weise mehr handeln kann, sondern auch der Schuldner durch Zahlung an ihn, oder durch eine sonstige Verhandlung mit ihm dem Cessionar gegenüber nicht befreit wird, vielmehr gegen die Versuche desselben eine Exception erhält [72], und das an ihn Bezahlte allgemeinen Grundsätzen nach als ohne Grund gegeben zurückfordern kann [73]. Dieses Mittel besteht in der Anzeige an den Schuldner von Seiten des Cessionars, dass ihm die Forderung cedirt worden sei, welche zwar keiner Form weiter bedarf, aber dem Schuldner volle Ueberzeugung zu geben geeignet sein muss [74]. Wird der Schuldner

[70] C. 3. *Mandati*, c. 3. *de Novation.*, c. 4. *Quae res pignori.* S. Anm. [74] und [79]. Allerdings steht er bei einem Zusammentreffen seiner Klage mit der des Cessionars hinter diesem zurück, fr. 55. *de Procur.* Doch ist dabei vorausgesetzt, dass die Cession ausser Streit sei, ist das nicht der Fall, so gehen beide Prozesse ihren Gang für sich, und der Schuldner befindet sich in einer ähnlichen Lage wie der, welcher von Zweien mit der *rei vindicatio* angegriffen ist. Vgl. Anm. [74] und [77].

[71] C. 1. *de O. et A.* fr. 1. §. 8. *ad Sct. Trebell.* s. Mühlenbruch S. 491. Vgl. unter C.

[72] Fr. 16. pr. *de Pactis*, fr. 18. pr. *de P. A.* Vergl. dens. S. 491 ff.

[73] Fr. 65. §. ult. *de Cond. indeb.* fr. 18. *de Cond. furt.* vergl. Anm. [100] Zus.

[74] C. 3. *de Novation.* c. 4. *Quae res pignori.* Vergl. Mühlenbruch S. 491 ff. vergl. mit S. 77 ff. Der vom Cessionar ausgehenden Anzeige, der sog. Denunciation diese Wirkung abzusprechen, „und sie jeder, gleichviel wie, erlangten, sonst nur so sicheren Kunde, wie jene sie in der Regel gewährt", beizulegen, ist ein Hauptbestreben Bähr's a. a. O. S. 422 ff. Dies hängt mit seiner Anm. [1] Zus. angef. Ansicht über das Wesen der Cession und ihre Begriffsbestimmung unmittelbar zusammen. Auf das dort dawider Gesagte verweisend, bemerke ich hier noch Folgendes. Ein Formalakt ist die Denunciation zwar nicht mehr im früheren röm. Sinn, wohl aber in sofern sie den Willen des Cessionars ausdrückt, sich mit dem *deb. cess.* in ein festes Verhältniss zu setzen, indem er die Absicht kund giebt, dass er die Forderung als ihm zuständig, als sein Recht betrachte und ausüben wolle, womit natürlich demselben auch die Ueberzeugung gewährt werden muss, dass er nunmehr Schuldner des Cessionars sei. Dies kann kein Anderer als der Cessionar, sei es in Person oder durch einen Stellvertreter. Bis dahin muss der *deb. cess.* dem Cedenten als verpflichtet angesehen werden, weil nach der von diesem vorgenommenen Cession die Obligation nach Seite des Gläubigers nicht in der Zwischenzeit in der Luft schweben bleiben kann. Deshalb muss die Anzeige von Seiten des Cessionars als ein der Wirkung wie der Zeit nach entscheidendes Ereigniss auch jetzt noch angesehen werden. Was dem Schuldner, bei anderweit erlangter Kenntniss von der Cession, die Vorsicht gebieten kann, indem der Wille des Cessionars allerdings als ein sehr wahrscheinlicher meist zu betrachten sein wird, und zufällige Umstände nur die Anzeige verzögern können, (vergl. Anm. [1] Zus.) ist eine Sache für sich. Hier sind mannigfaltige Verwickelungen und Fragen für den *deb. cess.* denkbar; z. B. wenn der Cedent selbst ihm von der Cession Anzeige gemacht hat, (vergl. Mühlenbruch S. 493 f.) und sie nachher widerruft, wenn der Cedent von ihm noch Zahlung angenommen, sich mit ihm verglichen, oder die Forderung erlassen hat, wenn zwischen Cedenten und Cessionar Streit über die Cession entsteht, und beide sich deshalb an den *deb. cess.* wenden u. s. w. Der von Bähr S. 420. aufgestellte Gesichtspunkt, wonach es hier überall auf die *bona fides* des Schuldners rücksichtlich dessen, was er thun und lassen

zum Cessionsakt selbst zugezogen, so vertritt die hierbei erfolgende Kenntnissnahme diese Benachrichtigung [75]. Ausserdem aber reicht das blos gelegentliche Bekanntwerden, oder eine Benachrichtigung durch andere Personen nur dann hin, um diese Wirkung zu sichern, wenn Jemand mit einer Erbschaft auch Forderungen verkauft, und wenn Jemand auf den Grund eines Universalfideikommisses eine solche an einen Anderen herausgegeben hat [76]. Sollte ein Gläubiger seine Forderung Mehre-

müsse, ankommen soll, um ihn bei vorhandener ohngefährer Kenntniss von der Cession dem Cessionar in solchen Fällen verantwortlich oder nicht erscheinen zu lassen, ist aber ebenso haltlos als unbrauchbar, denn es ist gar keine Veranlassung zur Anwendung jenes Begriffs und seines Gegensatzes gegeben. Wenn Bähr andererseits der Meinung ist, dass jede Handlung, wodurch der *deb. cess.* zu erkennen gebe, dass er den Cessionar als seinen Gläubiger betrachte, z. B. Theilzahlung, Fristungsgesuche, diesen einer besonderen Kundgebung der Cession überhebe, so dass er ausser allem Verhältniss zum Cedenten trete, so wird hier Alles davon abhängen, wie sich die wahre Sachlage ausweist. Ungeachtet jener Handlungen kann sicherlich der Schuldner bei entstandenem Zweifel an der Richtigkeit der Cession diese dennoch bestreiten und deren vollen Beweis verlangen, und muss ich in Abrede stellen, dass der Cessionar um jener willen diesem überhoben sei, was Bähr stillschweigend folgern lassen zu wollen scheint. In c. 3. *d.* ist der Theilzahlung nicht als eines besonders bindenden Moments ohne Anzeige von Seiten des Cessionars gedacht, (ist jene ohne diese überhaupt denkbar?) sondern es ist darin nur ein natürlicher Klimax der Willensäusserungen des Cessionars (in umgekehrter Reihenfolge), von der *actio mandata* Gebrauch machen zu wollen, aufgeführt: Anstellung dieser Klage, Empfangnahme eines Theils der Schuld ohne Prozess, in Güte, blosse Anzeige an den Schuldner, — die im zweiten Fall gar nicht als unterblieben gedacht werden muss — und zwar Alles dies unter Hinsicht und zum Zweck der Auflösung des Verhältnisses des *deb. cess.* mit dem Cedenten. — Ueber die anderen obgedachten bedenklichen Fälle für den *deb. cess.* lässt sich im Allgemeinen nichts weiter sagen, als dass er bei entstandener Ungewissheit den Beweis der vollen Berechtigung des sich als Gläubiger Gerirenden und u. U. Sicherheitsleistung (worüber das Weitere in's Prozessrecht gehört, vergl. Zus. zu Anm. [100]) verlangen kann, auch den Gegenstand der Leistung gerichtlich deponiren darf, indem dann in der That keine Person vorhanden ist, an die mit Sicherheit die Solution geschehen könnte; arg. fr. 1. §. 37. *Depositi*, vergl. §. 103. 3. Auch Litisdenunciation kann hier zu Hülfe genommen werden, vergl. Bähr a. a. O. S. 469 ff. Darüber, wenn die Cession bedingt geschehen, s. Mühlenbruch S. 508 ff. — Bähr erörtert auch S. 420. die Fragen, ob die Denunciation gegen des Schuldners Erben wirke, der, von ihm nicht unterrichtet, dem Cedenten zahle, ingleichen, ob gegen den Bürgen, wenn nur dem Hauptschuldner denuncirt sei — und verneint sie. In der letzteren stimme ich ihm bei, dass eine besondere Denunciation erforderlich sei, um wider jede dieser verschiedenen Personen das neue Verhältniss zu begründen. Dagegen muss ich das gegen den Schuldner einmal fixirte Verhältniss regelmässig auch gegen seinen Erben als wirksam und eingetreten betrachten. Jener mag in seinen Vermögensangelegenheiten die nöthigen Vorkehrungen treffen, dass seine Erben gehörig unterrichtet sind. Alles mit Bähr vom Nichtwissen des Erben in gutem Glauben abhängen zu lassen, scheint mir überaus mislich. Dass besondere Umstände in den einzelnen Fällen hier von modifizirendem Einfluss sein können, (z. B. der Erblasser wäre sofort nach erhaltener mündlicher Anzeige gestorben, ohne seinen Erben davon habe unterrichten zu können,) ist nicht zu leugnen.

[75] S. Puchta S. 655., man pflegt eine Cession unter Zuziehung des Schuldners eine agnoscirte zu nennen, sie hat ihre Vortheile in Ansehung der Erleichterung der Legitimation des Cessionars, aber durchaus keine besondere Wirkungen (wie z. B. Glück Bd. XVI. S. 426. behauptet, s. bes. Mühlenbruch S. 511.), allerdings zwar bei unterbleibendem Widerspruch nothwendig die der Anerkennung der Existenz der Schuld, nicht aber ihrer Wirksamkeit, so dass der Schuldner nicht nachher aus der Person des Cedenten herrührende Exceptionen vorschützen dürfte.

[76] Fr. ult. *de Transact.*, s. dens. S. 494. — Die eigentlich auch hierher gehörigen Fälle des Kontrahirens von Forderungen durch Stell-

ren nach einander cedirt haben, bevor der erste Cessionar die Anzeige an den Schuldner erlassen hat, so entscheidet für die Wirksamkeit der Cession der Umstand, welcher der verschiedenen Cessionarien den anderen mit der Anzeige zuvorgekommen ist [77].

C. Für das Verhältniss des Cessionars endlich zum abgetretenen Schuldner wird der Gesichtspunkt, dass er vermöge der Cession eine ursprünglich fremde Forderung in eigenem Interesse ausübt, besonders folgenreich. Auf der einen Seite tritt er in die Forderung ganz so ein, wie sie der Cedent hätte geltend machen

vertreter, welche sich gegen den kontrahirenden Schuldner als solche zu erkennen geben, treten jetzt von dieser Seite her nicht mehr als besonders ausgezeichnet hervòr, s. §. 102. S. 363., s. dens. S. 495.

[77] Es ist bekanntlich ungemein bestritten, ob hier der Zeitpunkt der Denunciation entscheide, oder das Alter der Cession. Vergl. Mühlenbruch S. 502. Vangerow 6. Ausg. S. 134. Schäffer im Arch. für prakt. R.-W. Bd. I. Nr. 18. Bd. III. Nr. 18. Musset in der Zeitschrift N. F. Bd. X. S. 339 ff. Bähr a. a. O. S. 435 ff. Ich selbst war früher der letzteren Ansicht, muss aber nach nochmaliger jetziger Prüfung der Sache die Denunciation (s. Anm. [74]) als das principielle durchgreifende Moment anerkennen, welches allein in dieser Lehre zu konsequenten Resultaten zu führen vermag. — Bähr a. a. O. S. 439., der das Alter der Cession seiner ganzen Theorie gemäs als entscheidend betrachtet, ist der Meinung, dass, wenn von zwei kollidirenden Cessionarien der jüngere die Forderung früher erhoben hat — womit er die Schuld ebenfalls als erloschen betrachtet, — der ältere von jenem das Empfangene wieder abholen könne. Der auf lauter Konjekturen und vergleichenden Betrachtungen beruhende Beweis ist völlig verfehlt. Nach der diesseitigen Ansicht kann davon nicht die Rede sein, und überhaupt fehlt es ja auch an jeder derartigen Beziehung der beiden Cessionarien zu einander. — Es ist ferner noch die Frage, wie die Sache zu erledigen sei, wenn mehrere Cessionarien zusammentreffen, oder Cedent und Cessionar bei entstandenem Streit um den Bestand und die Wirksamkeit der Cession? Wider den Schuldner gehen die verschiedenen Prozesse ihren Gang für sich, (s. Anm. [70]) und es ist diesem überlassen, die ihm dienlich scheinenden Sicherheitsmaasregeln zu ergreifen, um nicht mehr als einmal zu bezahlen. Wie wird es aber, wenn es zu diesen gekommen, also namentlich, wenn einer der Konkurrenten gegen Sicherheitsleistung den Gegenstand der Forderung erhoben hat, und er von jener befreit werden will, oder wenn der Schuldner, um frei zu werden, ihn gerichtlich deponirt hat? Möglich ist dies nur durch eine Entscheidung und also ein Verfahren zwischen den verschiedenen Prätendenten um die Zuständigkeit des von jedem beanspruchten Forderungsrechts. Dem Cessionar wider den Cedenten steht hierzu Klage aus der zwischen beiden bezüglich der Cession bestehenden Obligation zu, s. vorher unter A. Nr. 1, ff. vergl. Bähr S. 481 f. Zwischen mehreren Cessionarien will ders. eine einzig aus dem „Eigenthum" an der Forderung herzuleitende Klage anerkannt wissen. Warum aber nicht aus dem am deponirten Objekt? Letzteres ist m. E. der allein richtige Gesichtspunkt, indem die Deposition die Zahlung vertritt, also die Wirkung der Tradition haben muss, und zwar für den, der darauf wirklich Anspruch hat; die Partheirolle bestimmt sich dann zwischen den mehreren Konkurrenten nach den Regeln von der prozessualischen Prävention; vergl. Linde Proz. §. 105. 106. — Bähr will aber S. 484. einen solchen Prozess zwischen den mehreren Konkurrenten zulassen, bevor und ohne dass es zur Deposition von Seiten des Schuldners gekommen, ein Analogon von Prioritätsverfahren im Konkurs. Dies muss ich als rechtlich konstruirbar ebenso ablehnen, als mich für unfähig bekennen, in das hierbei neuerschlossene Gebiet „quasidinglicher" und „quasinegatorischer Klagen in Bezug auf Forderungen" zu folgen. — Um die geschehenen Sicherheitsleistungen zur Erledigung zu bringen, wenn dies nicht durch die Entscheidung wider den aufgetretenen Gegner in der Hauptsache erreicht wird, — also, wenn dieser selbst noch keine prozessualischen Schritte gethan hat, halte ich nur die Provokationsklage für dienlich, aber auch für ausreichend, die, in sofern sie ursprünglich dem *deb. cess.* als zuständig zu betrachten wäre, selbst durch Cession als übergegangen zu denken ist. — Ausführlich gegen Bähr gerichtet ist die Abh. von Knorr im Arch. Bd. 42. S. 312 ff.

können, also mit allen demselben zustehenden Befugnissen und für ihn bestehenden Beschränkungen bezüglich ihrer selbst [78], auf der anderen ist er in der Ausübung der Forderung selbstständig. Dies zeigt sich in folgenden Anwendungen näher. Mit der Forderung gehen auf den Cessionar alle accessorische Forderungen bereits eingetretener Erweiterungen und die ihr selbst zustehenden Bevorrechtungen über, also Pfandrechte [79], bürgschaftliche Ansprüche [80], Zinsforderungen und welche Nebenansprüche sonst aus dem etwa in der Person des Cedenten eingetretenen Verzug erwachsen sind [81]. Alles dieses kann er geltend machen, wie der Cedent selbst es gekonnt hätte. Der Grund und Ursprung solcher accessorischen Forderungen und Bevorrechtungen ist ohne Einfluss auf deren Uebergang, es ist also auch namentlich gleichgültig, ob die cedirte Forderung vermöge einer ihr selbst kraft ihrer Natur eigenthümlichen Bevorzugung, oder vermöge einer persönlichen Begünstigung des cedirenden Gläubigers dadurch unterstützt und gesichert ist; mithin z. B. wenn dem Cedenten ein gesetzliches Pfandrecht [82], oder ein Grund zur Seite steht, aus welchem die Wirkungen des Verzugs wider den Schuldner ohne Mahnung eintreten [83], oder die Rechtswohlthat der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand [84], was Alles dem Cessionar, hätte er die Forderung ursprünglich erworben, nicht zu Statten gekommen wäre. Nothwendige Voraussetzung, um diese sog. Privilegien der Forderung selbst auf Seiten des Cessionars geltend machen zu können, ist jedoch, da der Grund, aus welchem dieselben entspringen, nicht auf denselben übergeht [85], sondern nur sie selbst, wenn und soweit sie bereits begründet sind, dass sie also mit der cedirten Forderung selbst bereits in Verbindung getreten seien [86]. So z. B. geht mit einer cedirten Forderung des Fiskus dessen Vorrecht, Zinsen auch dann zu fordern, wenn keine versprochen worden sind [87], nur bis zu dem Zeitpunkt der Cession über; mit einer weiteren Ausdehnung desselben würde man es dem Cessionar selbst beilegen. So ferner geht das persönliche Vorzugsrecht in der Befriedigung der Forderung vor anderen im Konkurse des Schuldners, welches dem Cedenten zustehen würde, auf den Cessionar nicht über, da es mit der Forderung selbst bis dahin ausser Zusammenhang ist, und wenn diese inzwischen auf eine andere Person übergegangen ist, niemals mit ihr in Verbindung tritt [88]. Die pro-

78 Fr. 2. pr. *de Hered. vend.* c. 5. 8. *ej. tit.* S. überhaupt Mühlenbruch §. 56., der auch die in diesem Gebiet reichhaltig vorkommenden Kontroversen behandelt, Puchta S. 656 ff. und Vangerow S. 120 ff.

79 Fr. 6. *de Hered. vend.* (selbst erst nach der Cession dem Cedenten noch bestellte) c. 14. *de Fidejuss.*, c. 6. 7. *de O. et A.* Nicht zu übersehen ist, dass neuere Hypothekgesetze hierbei von besonderen Einfluss aus formellen Gründen sein können, s. sächs. Zeitschrift N. F. Bd. XVIII. S. 85..

80 Fr. 23. pr. *eod.*

81 Fr. 43. *de Usuris.*

82 C. 2. *de His qui in prior.*

83 Fr. 43. *de Usuris.*

84 Fr. 24. pr. *de Minor.*

85 Fr. 68. *de R. J.*

86 Vergl. Mühlenbruch S. 285. 557 ff. Puchta S. 656. Dies ist der Grund, weshalb *privilegia caussae* stets dem Cessionar zu Gute kommen, *privil. personae* (s. Anm. 88) nur, wenn der Grund der Accession schon beim Cedenten wirksam geworden ist.

87 Vergl. §. 15. Anm. 48 unter Nr. 3. fr. 43. *de Usur.* und s. dazu Vangerow S. 122.

88 Dieser Gegenstand ist ausserordentlich bestritten; dass die *privilegia exigendi* dem Cessionar nicht zu Statten kommen, ist nach fr. 68. *de R. J.* und fr. 42. *de Administr. tut.* als gewiss anzunehmen; das *privil. exigendi* enthält für sich noch keine Erweiterung der Forderung, sondern nur eine Wahrscheinlichkeit, sie zu realisiren, also die Möglichkeit des Vortheils einer dem Pfandrecht ähnlichen Erweiterung der Forderung, nicht schon diesen Vortheil selbst. S. Unterholzner, Puchta S. 657 f. bes. auch gegen Mühlenbruch in §. 56., und Vangerow S. 123.

zessualischen Vorrechte des Cedenten endlich, welche ihm ohne Rücksicht auf eine bestimmte, also auch auf die cedirte Forderung zustehen würden, wenn er klagend aufträte, gehen aus demselben Grunde einer mangelnden Verbindung mit der Forderung durch die Cession nicht mit über[89].

Stehen dem Cessionar Vorrechte und Rechtsbegünstigungen von gleicher Art zu, so kommen ihm diese für die cedirte, also ursprünglich fremde Forderung nicht weiter zu Gute, als sofern sie deren Ausübung und Geltendmachung betreffen, z. B. prozessualische Rechtswohlthaten, und die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, soweit sie Ereignisse betrifft, welche seit der Cession geschehen sind[90], — niemals diejenigen, welche eine Erweiterung der Forderung, wie nach dem oben gedachten Beispiel in Folge des Verzugs, oder eine qualitative Sicherung derselben bezwecken, wie z. B. das persönliche Vorzugsrecht der Befriedigung vor anderen im Konkurs, oder das dem Fiskus am Vermögen seiner Kontraktsschuldner zuständige allgemeine gesetzliche Pfandrecht, — denn sie stehen dem Ursprung dieser Forderungen gemäs mit diesen ausser Zusammenhang[91].

Nach den beiden Richtungen von dem angegebenen Gesichtspunkt aus kommen endlich auch die dem Schuldner wider den Cessionar zuständigen Einreden in Betracht[92]. Zuerst nämlich müssen demselben danach auch wider letzteren alle diejenigen Exceptionen zuständig bleiben, welche ihm wider den Cedenten bezüglich der Forderung selbst, also als Gläubiger, zur Zeit der Cession bereits zustanden, denn nur in der hierdurch bedingten rechtlichen Beschaffenheit konnte die Forderung auf den Cessionar übergehen, und diese kann der Cedent durch eine einseitige Handlung nicht zum Nachtheil des Schuldners verändern; diejenigen hingegen, welche nur dessen Person als Kläger betroffen haben würden, können wider den Cessionar nicht geltend gemacht werden, wenn nicht die Voraussetzungen dazu wider diesen selbstständig zutreffen[93]. Da ferner auch noch nach der Cession das

89 S. Mühlenbruch S. 574 ff.

90 Vergl. Vangerow S. 124.

91 Diese Fragen sind in den Quellen nicht ausdrücklich entschieden und lassen sich also nur aus inneren Gründen und Analogien beantworten. Vergl. überhaupt Mühlenbruch S. 576 ff. und zum Theil gegen ihn Puchta S. 659 f.; auch diesen und Vangerow S. 124 f. gegen die häufig vorgekommene Behauptung, dass nach fr. 6. *de J. F.* der Fiskus hier als Cessionar seine Privilegien stets zur Anwendung bringen könne. Der am Schluss angegebene Grund scheint mir einfach auch hier der entscheidende, und dieser ist denn in Anwendung auf das Beispiel der *privil. exigendi* des Cessionars so zu verstehen, dass die cedirte Forderung nicht in der Person des letzteren entstanden, sondern als eine fremde geltend gemacht wird, also ausser Verbindung mit ihr bleibt. Puchta macht hier einen Unterschied, dem ich nicht beistimmen kann, nämlich dass, sobald der Schuldner kondemnirt worden, die Forderung als eigene des Cessionars zu betrachten sei, und sich hiernach von da an die obigen Sätze modifiziren, was denn konsequent schon auf die Wirkung der *litis cont.* zurückzuziehen sein würde. Mit dem Begriff der *necessaria novatio* ist diese Folge, wäre sie auch nach R. R. richtig, auf allen Fall verschwunden. S. §. 34. bei und in Anm. 9, 10 und 18.

92 Vergl. hierüber bes. Francke im Archiv Bd. XVI. Nr. 15. Ueber die Frage, wenn der Schuldner zur Cession zugezogen worden, ohne dabei seiner Exceptionen zu gedenken, s. Puchta Vorles. Th. II. S. 125. und Dernburg Kompens. S. 389. Sie ist nach allgemeinen Regeln zu beurtheilen; nur wenn Schweigen dolos wäre, kann ein Verzicht angenommen werden.

93 S. Glück a. a. O. S. 416. und die dort Gen. Francke a. a. O. und die bei diesem S. 419 ff. und 425 ff. Gen. Puchta S. 661. Unterholzner Bd. I. S. 612. Vangerow S. 116 f. Früher waren hierüber eine grosse Zahl von Irrthümern verbreitet und dadurch Meinungsverschiedenheiten entstanden, zum Theil vertheidigt selbst Mühlenbruch S. 584 ff. noch einige unhaltbare Behauptungen, obwohl er selbst die meisten zerstreut hat. Doch hat sich,

Verhältniss des Cedenten zum Schuldner nach dem vorher unter B. Bemerkten bis zur Anzeige der geschehenen Cession an letzteren, beziehungsweise bis dahin, wo ausnahmsweise die blosse Kenntnissnahme davon die Anzeige vertritt, unverrückt fortbesteht, so ist der Schuldner die in diesem Zeitraum erst noch begründeten Exceptionen ebenfalls berechtigt, künftig dem Cessionar entgegenzusetzen. Die etwa von da an aber noch erwachsenen Exceptionen aus der Person des Cedenten können den Cessionar nicht weiter berühren, indem dem ersteren von da an, wie unter A. gedacht worden, aller Einfluss auf die rechtliche Natur und die Wirksamkeit der Forderung entzogen ist. Hierdurch ist denn im Besonderen die Beurtheilung mehrerer in diesem Kreis praktisch besonders wichtiger und häufig fraglicher Exceptionen bedingt. 1) Die *exceptio doli* aus der Person des Cedenten ist wider den Cessionar gerade ebenso wirksam, wie sie es wider jenen selbst sein würde, sobald er durch Dolus auf die Obligation eingewirkt hat; denn die Forderung daraus kann nur in dem durch den Dolus berührten Umfang ihrer Wirksamkeit übertragen werden [94]. 2) Ebenso wirksam ist wider den Cessionar der vom Cedenten mit Beschränkung auf seine Person geschlossene Vertrag, die Schuld nicht fordern zu wollen (*pactum de non petendo in personam*), aber nur so lange der Cedent selbst dadurch gebunden ist, d. h. bis an dessen Tod [95]. 3) Rücksichtlich der Kompensation kommt es darauf an, ob die Gegenforderung noch vor, oder erst nach der Feststellung des Verhältnisses zwischen dem Cessionar und dem Schuldner durch Anzeige und beziehungsweise blosse Kenntnissnahme entstanden ist [96]. 4) Die dem Schuldner zuständige Exception des Beneficium competentiae geht ihm durch Cession nicht verloren, und auch dann, wenn sie sich auf ein persönliches Verhältniss zwischen dem Schuldner und dem Cedenten gründet, wenigstens nicht so lange der Cedent am Leben ist; denn mit dessen Tod würde sie wider seine Erben erlöschen, kann also auch nicht länger dem Cedenten entgegengesetzt werden [97]. — Wie es sich mit den Exceptionen auf der einen Seite verhält, so mit den Repliken des Cessionars wider den abgetretenen Schuldner, (und umgekehrt mit den Dupliken u. s. w.) auf der anderen Seite, d. h. er kann von den aus der Person des Cedenten herrührenden Repliken wider die Exceptionen denselben Gebrauch machen, welcher dem Cedenten zustand, und von den aus seiner eigenen Person hergenommenen einen unbeschränkten Gebrauch, soweit sie wider die aus seiner Person entsprungenen Exceptionen gerichtet sind, oder sich auf ein besonderes, ihm ohne Beziehung auf eine gewisse Person oder unabhängig von der cedirten Forderung zuständiges Recht gründen [98]. Widerklagen aus der Person des Cedenten ist der Cessionar nicht ausgesetzt, auch nicht soweit ihnen solche Exceptionen zu Grunde liegen, welche daher wider ihn wirksam sind; denn die Widerklage bezweckt eine Verurtheilung des

wie die Sachen jetzt stehen, der Streit auf die nachher gedachten einzelnen Exceptionen zurückgezogen.

[94] Hierüber ist wegen fr. 4. §. 27—29. *de Doli exc.* viel gestritten worden; man hat namentlich danach behauptet, dass der *dolus* des Cedenten dem Cessionar nicht schade, es ist aber darin gar nicht von Cession die Rede, s. Francke a. a. O. S. 430 f., Mühlenbruch S. 594 ff., Fritz Erl. zu Wening Bd. II. S. 228. Puchta S. 662. [68] und Vangerow S. 117 f. Auch sind früher hier behauptete Unterscheidungen ungegründet.

[95] S. Francke a. a. O. S. 424 f. und dazu Mühlenbruch S. 599.

[96] S. Mühlenbruch S. 597 f. Puchta S. 662. s. oben §. 104. von Anm. [12] an.

[97] S. Glück a. a. O. S. 421 f., Fritz a. a. O. S. 228 f. und bes. Vangerow S. 120. gegen Mühlenbruch S. 591. und Puchta S. 602. Der Hauptgrund ist, dass das *benef. compet.* das Recht des Gläubigers mindert, also den Inhalt des ersteren selbst berührt.

[98] S. Mühlenbruch S. 608 f.

Schuldners, und in dieser Eigenschaft vertritt der Cessionar den Cedenten nicht [99].

Hat der Cessionar die cedirte Forderung weiter cedirt, und ist sie auf diese Weise noch in mehrere Hände übergegangen, so sind die in den Personen aller dieser Cedenten und Cessionarien erwachsenen Exceptionen nach den so eben entwickelten Grundsätzen sämmtlich wider den jüngsten Cessionar wirksam. Ist dabei mehrmals kaufweise unter Zahlung verschiedener Summen die Forderung unter ihrem Nennbetrag cedirt worden, so kann der abgetretene Schuldner jedem ihn verklagenden Cessionar die desfallsige Exception (s. o. Nr. III. 4)) unter Bezug auf diejenige Cession entgegensetzen, bei welcher die Forderung am niedrigsten verkauft wurde, und braucht keinem mehr zu zahlen, hätte ein solcher selbst auch eine grössere oder die volle Summe gezahlt [100].

[99] Vergl. dens. S. 612 2). Puchta S. 663. behauptet, da die Widerklage, deren Inhalt auch mit *exceptio* gegen den Cessionar geltend gemacht werden könnte, als solche kein besonderes Recht sei, welches der Schuldner gegen den Cedenten erworben habe, sondern nur eine Form der Geltendmachung eines Anspruchs, so könne man dem Schuldner die Befugniss nicht absprechen, ihn in die Form einer Widerklage zu bringen. Da nun aber doch die Widerklage die Verurtheilung des Gegners bezweckt, so weiss ich nicht, wie man es rechtfertigen will, dass der Cessionar hier mit der Klage möglicherweise abgewiesen und noch obendrein solle in eine Schuld seines Cedenten verurtheilt werden können, oder wodurch er selbst nur verpflichtet oder berechtigt sei, ihn in der Widerklage zu vertreten? Unter diesen Umständen scheint es mir überflüssig, auf die Stellen weiter Rücksicht zu nehmen, welche den *procurator in rem suam* zum „*defendere*“ theils anhalten, theils ihn davon lossprechen (fr. 33. §. 5. fr. 34. 70. *de Procurat.* s. die Gen. an d. aa. OO.), von denen übrigens nach Puchta's eigener Meinung nur der mittleren verneinenden würde Werth beigelegt werden können. S. jetzt auch Bruhns Samml. von Entscheid. des O.-A.-G. zu Lübek S. 347.

[100] Puchta a. a. O. Mühlenbruch S. 606. macht einen Unterschied, je nachdem der Cessionar dem abgetretenen Schuldner Anzeige gemacht, oder nicht, so dass im letzteren Fall Einreden aus der Person der ohne Anzeige wieder ausgetretenen Cessionarien nicht statthaft seien. Ersterer leugnet denselben, „der Grund, dass bei unterbliebener Anzeige das Verhältniss des Cessionars nur ein rein vorübergehendes gewesen sei, sei ganz unerweislich.“ Dies ist allerdings der Fall, indem darum der Cessionar nicht weniger an die Stelle des Gläubigers getreten, und also auch sehr wohl im Stande gewesen ist, Zahlung anzunehmen u. s. w. Die Anzeige vermehrt nicht seine Rechte und ist nicht Bedingung, sie auszuüben, s. die Stellen der Anm. 2; sie entzieht dem Schuldner nur das Recht, mit dem Cedenten über die Forderung zu verhandeln, während er von dem Cessionar auch ohne vorgängige Anzeige angegriffen werden kann; mithin ist kein Grund vorhanden, auch bei unterbliebener Anzeige die aus der Person des Cessionars entsprungenen an sich auf die Forderung einflussreichen Momente für unwirksam zu erklären, möge er selbst oder ein späterer Cessionar endlich wider den Schuldner auftreten. — Ich habe hier noch des jüngst von Bähr a. a. O. S. 462. als etwas Neues und Besonderes aufgestellten Satzes (vergl. dens. S. 362.) zu gedenken, „der Cessionar habe dem *deb. cess.* für seine Berechtigung an der Forderung einzustehen,“ und zwar in der Anwendung, „dass er diese liquid zu stellen, oder materielle Sicherheit dafür zu leisten habe,“ — indem er, wenn er ein besonderes Dogma enthielte, im Text anzureihen wäre. Bähr gelangt dazu durch diese Argumentation (S. 450 ff.): „die römischrechtliche durch Stipulation zu leistende *cautio rem ratam hab. dom.* von Seiten des *procurator*, ohne Zweifel (?) auch des *pr. in rem suam*, müsse gegenwärtig, indem der heutige Richter die Stipul. als geschehen zu suppliren habe, durch eine gesetzlich eintretende Verpflichtung zur Kautionsbestellung *de rato* als ersetzt angesehen werden. Wer als angeblicher Stellvertreter eines Dritten mir gegenüber auftrete, brauche gar nicht erst ausdrücklich zu versichern, er wolle mir dafür einstehen, dass er Vollmacht habe, er müsse dies vermöge der *bona fides* von selbst. Er müsse mir das behauptete Mandat prozessualisch wahr machen, d. h. nöthigen Falls dessen Be-

§. 129.

Die Intercession.

I. Unter Intercession ist die Uebernahme einer Verbindlichkeit für einen Anderen durch Verhandlung mit dem Gläubiger zu verstehen, sei es dass die also

weis dem Dritten gegenüber führen, und wenn er das nicht vermöge, mir für mein Interesse haften. Hieraus folge für den Cessionar das oben Gesagte, und zwar sei zur Liquidstellung Beweis durch Urkunden, regelmässig öffentliche, erforderlich, sei dies nicht möglich, könne der Beweis der Cession z. B. nur durch Eid geführt werden, so sei materielle Sicherheitsbestellung erforderlich, oder der *deb. cessus* könne, wenn er sich dem Cessionar gegenüber von der Zahlung frei machen wolle, gerichtlich deponiren." — Diese konjekturale Ausführung hat zu offenbare Schwächen, als dass ihr einige beweisende Kraft beigemessen werden könnte; wie ist eine *c. de rato* neben der *a. utilis* des Cessionars denkbar? und womit deren Uebertragung auf letzteren bewiesen? Die Bestimmungen für die *cautio de rato* im heutigen Proz. (es fehlt wohl kaum in irgend einem Partikularprozess an genaueren Vorschriften über das Vollmachtswesen?) können ebenfalls hier zu nichts führen, ohnehin könnte ja ohne solche („*de rato et mandato spondens*") ein durch Vollmacht nicht Legitimirter nur etwa durch Uebersehen des Richters und der Gegenparthei so lange und soweit zugelassen werden, dass letzterer dadurch ein Nachtheil entstehen kann, woran sie also selbst die Mitschuld tragen würde. (Vergl. *Biener process.* §. 41.) Alles dies, sowie auch andererseits die heutige Bedeutung eines Rests vom *dominium litis* des Anwalts, (vergl. Bayer Proz. 7. Ausg. S. 215.) und die wenigstens für den nichtlegitimirten entstehende Verpflichtung zum Kostenersatz (ders. S. 88. I., vergl. Chursächs. E.-P.-O. Tit. VII. §. 3.) kann indessen hier dahin gestellt und dem Prozess, wohin es gehört, überwiesen bleiben. Was an dem Eingangs gedachten Satz wahr ist, ist das ohne diese erkünstelte Unterlage, es ist nichts Anderes, als was bereits in Anm. [74] erwähnt worden ist, und die, wenn an einen fälschlichen oder vermeintlichen Cessionar gezahlt worden sein sollte, Platz ergreifende Anwendung der allgemeinen Grundsätze von dem Haben ohne Grund, (wobei der Empfang hier nach Umständen sowohl dolos wie nichtdolos geschehen sein kann) s. §. 109. bes. S. 527. bei Anm. [50], (fr. 65. §. ult. *de Cond. indeb. Indebitum est non tantum, quod omnino non debetur, sed et quod alii debetur, si alii solvatur.*) und Nr. IV. S. 542. Anm. [123]. (fr. 18. *de Cond. furt. — furtum fit, cum quis indebitos nummos sciens acceperit.*) dessen bedarf es hier keiner besonderen Erwähnung. Nur dagegen habe ich daher noch Verwahrung einzulegen, dass man sich bisher den Unterschied zwischen Beweis und Garantie der Cession meistens nicht klar gemacht, wenn man darüber gestritten habe, ob die Cession durch Eidsantrag bewiesen werden könne (S. 465.), während Bähr, „wenn zwar die Cession durch Eid prozessualisch bewiesen werden könne, dennoch den Cessionar zur Garantie für verpflichtet, und diese nur dann für erledigt hält, wenn die Cession liquid gestellt werde, indem hier „Garantie" und „Beweis" zusammen fallen." Hier wird ein neuer Begriff geschaffen, indem etwas über die durch prozessualischen Beweis nur zu erreichende, aber auch sonst überall ausreichende, formelle und relative Wahrheit Hinausliegendes, absolut Wahres, gefordert wird, was überhaupt unter den hier vorliegenden Umständen meist, und in einem auf die beiden Streitenden beschränkten Rechtsstreit, ja wenn selbst der Cedent hinzuträte, dennoch nicht zu erreichen ist. Die formgerechteste öffentliche Urkunde würde z. B. doch nicht dagegen sichern, dass der Cedent die Forderung schon früher einem Vierten cedirt habe, der nach Bähr's Ansicht (vergl. Anm. [77]) dem jüngeren Cessionar vorgeht. Es bleibt also, wenn man einmal den Eidsantrag zum Beweis der Legitimation zulässt, nichts übrig, als die Konsequenzen unabweislich eintreten zu lassen, woneben und vorher der *debitor cessus* seinerseits die zulässigen prozessualischen Mittel in Bewegung setzen mag, den Cedenten herbeizuziehen, oder Gegenbeweisargumente mit zur richterlichen Erwägung zu stellen. — Auch die hier entstehenden, gar nicht zu leugnenden und leicht recht ernstlichen Bedenken und Gefährdungen sind unvermeidliche Folgen der in der Cession einmal erfolgten Inkonsequenz gegen die Natur der Obligationen überhaupt, (vergl. Anm. [1] Zus.) die sich durch kein allgemeines Princip lösen lassen.

begründete Obligation nun allein oder als eine zweite neben der des Anderen über denselben Gegenstand besteht[1]. Diese Uebernahme der fremden Verbindlichkeit, das Eintreten in dieselbe, so dass die nachfolgende Leistung als eine Erfüllung derselben erscheint, ist das allgemein Charakteristische der Intercession. Es ist mithin dieser Begriff dann ausgeschlossen, wenn Jemand die Schuld eines Anderen ohne vorgängige Uebernahme der Verpflichtung dazu tilgt, sei es durch Zahlung, Delegation, oder wie sonst[2]; nur wenn er sich zu dem Ende erst wieder einem Dritten obligiren muss, um die Zahlungsmittel zu beschaffen, tritt der Begriff der Intercession wieder ein[3]. Ferner dann, wenn Jemand freiwillig die Gefahr für einen Anderen gegen Dritte übernimmt, welche jener hätte tragen müssen, und zwar ist es

[1] Der Begriff der Intercession ist, wie viele andere, in den Quellen nicht direkt enthalten; er ist nur einer Kombination und Abstraktion aus denjenigen Geschäften zu entnehmen, welche als Intercessionsakte bezeichnet sind. Vgl. darüber Sintenis in der Zeitschrift Bd. X. S. 48 ff., eine Abhandlung, deren Inhalt, soweit er Resultate enthält, hier zum grossen Theil unverändert wiedergegeben werden muss. Es lässt sich vielleicht keine Begriffsbestimmung aufstellen, an welcher, als allseitig genügend, nicht etwas auszustellen wäre. Praktisches Interesse hat eine solche namentlich in Anwendung auf die Int. der Weiber, s. Nr. IV. im Text. Da jedoch die Aufmerksamkeit auf die Einzelnheiten vor Verwechselungen sichert, so mag man die haarscharfe Definition hier vermissen. Hierher gehört noch die in Anm. [8] behandelte Frage. Hierauf hin glaubte ich des Wissens des Gläubigers in der Definition gedenken zu können; die weiteren ausdrücklichen Bevorwortungen darüber schienen mir etwanigen Misverständnissen zuvorzukommen, und die Erwähnung des Wissens zur Einsicht und zum Verständniss der unter den Gattungsbegriff der Int. zu stellenden Geschäfte mindestens förderlich zu sein. Dagegen sind von Deurer im Archiv Bd. XXVIII. S. 407. u. von Windscheid das. Bd. XXXII. S. 311. Ausstellungen gemacht worden. Jetzt habe ich das Wissen gestrichen und zwar darum, weil, wenn es dem Gläubiger abgeht, ihm gegenüber die Int. als solche zwar allerdings ganz irrelevant ist, und das Geschäft als primärer und selbstständiger Vertrag gilt, dagegen aber freilich zwischen dem Intercedenten und dem Dritten seine Wirkung äussert, mithin im Fall des Nichtwissens des Gläubigers nicht keine Int. geschehen ist. — Wenn jedoch der erstgenannte Rechtsgelehrte die Definition dahin erweitert und berichtigt wissen will, „Int. sei die Obligirung zu Gunsten des Gläubigers eines Anderen, als Solchen, mittelst Verhandlung mit dem Gläubiger," so dass Int. nicht als die Uebernahme einer fremden, sondern irgend einer Obligation erscheine, — so ist dies in der That nur in Verbindung mit der Erklärung des fr. 17. §. 1. *ad Sct. Vellej.* geschehen, (s. Anm. [6]) und ihr zu Gefallen. Deurer kommt jedoch selbst (S. 416.) hierbei darauf zurück, „dass der Verzicht auf die Priorität des Pfandrechts zu Gunsten eines anderen Gläubigers sich als eine Obligirung für einen Anderen darstelle." Anders ist nun aber der Begriff der fremden Obl. in der gewöhnlichen Definition der Int. von Niemand verstanden worden. Ich kann daher nicht einmal zugeben, dass die Definition Deurer's von seinem eigenen Standpunkt aus gerechtfertigt sei, und noch weniger, dass sie richtiger oder besser sei, wie die im Text. Uebrigens scheint Deurer den ganzen Begriff der Int. auf Weiber zu beschränken und seine allgemeine doktrinelle Bedeutung zu ignoriren. — Dabei bemerke ich noch, dass, wenn auch die grösste Zahl der Beweisstellen zu dieser Lehre dem Titel *ad Sct. Vellejan.* angehört, also dort auf einen negativen Gesichtspunkt gerichtet ist, sie dennoch in Anwendung auf Interc. von Männern gedacht allgemeine Bedeutung haben. Nur darf dabei der Unterschied nicht ausser Acht gelassen werden, ob, wenn das *Sct. Vellejan.* ausgeschlossen wird, die Int. als wirksam besteht, oder deren Begriff nicht eingetreten ist; es ist m. a. W. im ersteren Fall nicht immer keine Int. vorhanden (s. z. B. fr. 21. pr. *ad Sct. Vellejan.*), sondern möglicherweise eine Ausnahme, also eine solche Int., welche eine Frau gültig vornehmen kann. — Nach fr. 2. §. 4. *eod.* kann für Obligationen aller Arten intercedirt werden.

[2] Fr. 4. §. 1., fr. 5. pr., fr. 8. §. 3. 5., fr. 21. §. 1. *ad Sct. Vell.* c. 1. 4. 9. *ej. tit.*; wegen fr. 32. §. 2. *eod.* s. Sintenis a. a. O. S. 51.

[3] Fr. 28. §. 1. *eod.*, fr. 19. §. 5. *eod.*, über letztere schwierige Stelle s. dens. S. 52.

dabei nicht erforderlich, dass man ihn erst zu der Handlung veranlasst habe, woraus jene entspringen konnte [4]. Dann ist nämlich entweder, weder eine alte noch eine erneuerte, sondern eine eigene selbstständige Obligation vorhanden, oder der Begriff der Intercession darum ausgeschlossen, weil sonst der, für welchen sie geschieht, gleichzeitig als Gläubiger erscheinen würde [5]. Endlich umfassen Verzichte, oder der Erlass von Rechten, auch wenn er zu dem Zweck geschieht, den eine Intercession zu haben pflegt [6], so wenig wie Schenkungen den Begriff einer solchen [7]. — Die durch die Intercession erfolgende Uebernahme einer fremden Schuld kann bei dem mannigfaltigen Ineinandergreifen der Rechtsverhältnisse in der That im eigenen Interesse des Intercedenten geschehen, dieser also in einer solchen Sache intercedirend auftreten, wo er eigentlich sein eigenes Geschäft führt, mithin der Person, deren Verbindlichkeit er übernimmt, dazu verpflichtet war, oder auch dabei seinen eigenen Vortheil wahrnehmen und sein eigenes Bestes besorgen [8]. So z. B. wenn

[4] Fr. 8. §. 1. *eod.*

[5] S. 1, die vor. Stelle; und 2, fr. 19. pr. §. 2. *eod.* Hier können die Grenzen sehr fein und öfters schwer zu erkennen sein, s. Sintenis a. a. O. S. 57 ff., bes. auch über §. 4. *eod.* und c. 6. pr. §. 1. 2. *ej. tit.*

[6] Fr. 8. pr. c. 11. 21. *eod.*, Verzicht auf Pfandrechte. Ob auch auf die Priorität eines Pf.-R., ist wegen fr. 17. §. 1. *eod.* streitig. Ich erklärte diese in meinem Pfandr. S. 680. mit der älteren Glosse, welche die Basil. unterstützen, wenn auch diese nur beweisen, dass man schon damals die Stelle sehr schwierig fand. Vangerow Bd. III. S. 134. folgert die Verneinung aus allgemeinen Gründen (als ein Minus des Verzichts auf das Pf.-R. selbst). Dagegen hat Deurer a. a. O. S. 413 ff. die bejahende Meinung zu begründen versucht. Soviel ist klar, dass, wenn man sich nicht mit der älteren Glosse hilft, eine Int. von Africanus als bejaht angenommen werden muss.

[7] Fr. 4. §. 1. *eod.* cf. fr. 21. §. 1. *eod.* vergl. Vangerow S. 152. u. Windscheid im Archiv Bd. 32. S. 295. A. M. sind Bachofen Ausgew. Lehren des R. Civilr. Nr. I. S. 18. und Girtanner a. a. O. S. 339 ff. Anm. [36], welche die erste Stelle auf die *mutui datio* beschränken und keinen Schluss auf Bürgschaft u. s. w. zulassen wollen. M. E. ist das allgemeine: *donanti* entscheidend, so dass es nur darauf ankommt, ob die betr. Handlung eine *donatio* involvirt.

[8] Wenn man sieht, wie in fr. 13. pr. *eod.* und c. 22. *ej. tit.* der Gegensatz des *suam* und *alienam oblig. suscipere*, und *pro sua caussa aliquid agere* als entscheidend hervortritt, und die Stellen der zunächst ff. Anmm. hinzunimmt, so scheint das Erforderniss des Abhandenseins eines eigenen Interesses als allgemeines aufgestellt werden zu müssen. Dagegen ist es wiederum keinem Zweifel zu unterwerfen, dass z. B. eine im eigenen Interesse geleistete *fidejussio* immer eine wirkliche *fidejussio*, d. h. nach den Regeln von dieser zu beurtheilen sei. In ähnlichem anscheinenden Widerspruch ist das cit. fr. 13. pr. *d.*, wo als Beispiel des Ausschlusses des *Scti Vellej.* angeführt wird: *si femina pro fidejussore suo intercedat*, also dieser Begriff auf die betreffende Handlung angewendet ist, mit fr. 3. *eod.*, wo es von der Frau, die *eum defendit*, *qui damnatus regressum ad eam habeat*, — heisst: *intercedere non videtur*, ebenso c. 18. *eod.*, obwohl es an der Handlung, die sonst hier die Int. herstellt, (dem *defendere*) nicht fehlt. Offenbar ist in der ersten Stelle der Begriff als Bezeichnung des geschäftlichen Akts aufgefasst, so dass dieser als Geschäft bestehend anerkannt wird, in der zweiten hingegen von Seiten der eigenthümlichen Wirksamkeit desselben als Intercession (namentlich bezüglich des *Scti Vellej.*). Scheint es nun hiernach darauf anzukommen, ob man bei der Fassung des Begriffs der Int. diese als eine gewisse Art von Rechtsgeschäft vor Augen haben müsse, oder als ein Rechtsverhältniss, also als besondere rechtliche Wirkung eines Geschäfts, so ist doch gleich daneben zu bemerken, dass im Gebrauch des Ausdrucks Beides so ungetrennt zusammengedacht wird, dass ein fortwährendes Bewussthalten und Hervorheben des Unterschieds in der Darstellung nicht durchführbar ist. Nimmt man den zweiten Gesichtspunkt ein, so zeigt sich für den, *qui suum negotium gerit*, allerdings der wichtige Unterschied, dass von einem Regress desselben an einen Anderen wegen Uebernahme der Obl. für ihn nicht die Rede sein kann; von hier aus scheint also der Mangel eines eigenen Interesses für den Begriff der Int.

man sich correaliter mit einem Anderen verpflichtet, um von einer gemeinschaftlichen Sache einen drohenden Schaden abzuwenden; wenn man seinem eigenen Gläubiger eine andere Person verpflichtet und dabei für diese gut sagt[9]; wenn man Geld von Jemandem bekommen, um es an dessen Gläubiger entweder sogleich zu zahlen, oder für ihn zu expromittiren[10]; wenn man sich dem Gläubiger seines Gläubigers, oder für jenen bei einem Vierten verpflichtet, so dass man dabei gegen den eigenen Gläubiger befreit wird[11]. Ist das der Fall, so wird das Geschäft vermöge seiner äusseren Erscheinung, und in sofern es dennoch wirklich die Ab- und Uebernahme einer fremden Verbindlichkeit betrifft, zwar immer als eine Intercession charakterisirt sein, allein ein solches Verhältniss muss auf die weiter unten bei Nr. II. erörterte, zwar nicht durch die Intercession begründete, sondern durch das Motiv dazu bedingte Verpflichtung dessen, für welchen intercedirt worden, den Intercedenten dafür zu decken und schadlos zu stellen, den wesentlichsten Einfluss haben; von einem Anspruch der Art kann nämlich in solchen Fällen nicht die Rede sein, weil es in der Wirkung und dem endlichen Erfolg ganz darauf hinaus kommt, als wäre die übernommene fremde Schuld eine ursprünglich eigene. — Bei den meisten Geschäftsarten, welche eine Intercession enthalten, wird dieser Zweck dem Gläubiger schon vermöge ihrer Natur nicht verborgen bleiben können, d. h. der Bezug der Handlung dessen, mit dem er kontrahirt, auf die Schuld oder die Person eines Dritten[12]. Die Unbekanntschaft damit, worunter indessen nur das Thatsächliche begriffen, so dass ihr Rechtsunkunde über den Effekt, der bei komplicirteren Verhältnissen leicht im Hintergrunde bleiben kann, nicht gleichzusetzen ist, entzieht jedoch der Handlung ihre gewöhnliche rechtliche Wirkung für den Gläubiger so wenig, wie die Rückwirkung für den Intercedenten gegen den Dritten (s. nachher Nr. II.). Von besonderer Relevanz wird dagegen die Bekanntschaft mit dem Zweck des Geschäfts bei den Intercessionen der Frauen, s. nachher Nr. IV. A.

II. Die Wirkung der Intercession besteht im Allgemeinen darin, dass der Intercedent die übernommene Verbindlichkeit erfüllen muss. In den bereits in der Begriffsbestimmung unterschiedenen und unter Nr. III. noch weiter zu erörternden Fällen, wo neben der neuen Obligation des Intercedenten gegen den Gläubiger die ältere bisher bestandene dessen, für den intercedirt wird, fortdauert, jene also nur zur Aushülfe dient, hängt jedoch nicht nur die Gültigkeit der neuen Obligation, sondern auch ihre ganze rechtliche Beschaffenheit von der Hauptobligation ab, und Alles, was für diese gilt, gilt auch für jene, denn durch jene greift man unmittelbar den Hauptschuldner an[13]. Darum also kann eine ungültige Obligation durch eine

wesentlich. Nichts desto weniger ist doch, wie die Sache sich äusserlich für den Gläubiger darstellt, immer eine fremde Verbindlichkeit übernommen, und dadurch das Geschäft schon vor jedem anderen charakterisirt. Dies scheint aber hier um so mehr im Allgemeinen entscheiden zu müssen, als die verschiedenen einzelnen Geschäftsarten, in denen dies geschehen kann, dadurch besonders charakterisirt erscheinen, also als Formen der Int.; der Regress aber ist keine nothwendige Wirkung der Int. selbst, sondern eines anderen Verhältnisses zwischen dem Intercedenten und dem, für welchen er eintritt. Mithin ist allerdings das Erforderniss, dass der Int. kein eigenes Interesse haben dürfe, so wenig in den Begriff derselben aufzunehmen (früher that ich das, s. a. a. O. S. 49.) wie manches Andere, z. B. dass sie nicht *animo donandi* geschehen sein dürfe.

[9] 1, Fr. 17. §. 2. 2, fr. 27. §. 2. *eod.*, c. 2. *eod.*, fr. 13. pr. *eod.*

[10] Fr. 16. pr. 22. *eod.* S. ferner fr. 15. *eod.*

[11] Fr. 24. pr. *eod.*, c. 2. *eod.*; vergl. Sintenis S. 56. [2].

[12] S. Anm. [1] Zusatz.

[13] Fr. 1. §. 2. *de V. O.*, fr. 8. §. 2. 7. fr. 29. 46. *de Fidejuss.*, fr. 178. *de R. J.*

solche Unterstützung nicht aufrecht erhalten werden, weil jener dadurch mittelbar Wirksamkeit beigelegt werden würde [14]. Anders ist es rücksichtlich klagloser Obligationen, wenn es Absicht war, durch die Intercession den Mangel derselben zu ersetzen, eine solche ist vollgültig und klagbar [15].

Da ferner jede Intercession, soweit sie nicht, wie unter I. schon hervorgehoben worden, ein eigenes Interesse des Intercedenten bezweckt, regelmässig je nach Verschiedenheit der Fälle entweder auf Mandat dessen beruht, für den intercedirt wird, oder eine auftragslose Geschäftsführung für ihn begreift, so ist dadurch zugleich wider denselben ein Anspruch auf Ersatz oder Befreiung rücksichtlich dessen begründet, was für ihn geleistet worden ist, oder noch werden soll. Sind mehrere Obligationen durch Intercession mit einander verkettet, so greift der Regressanspruch durch die mehreren Obligationsverhältnisse rückwärts bis zu Demjenigen, für welchen die Intercession geschah. Uebrigens kann der Intercedent diesen nicht nur je nach Beschaffenheit des Falls mit der aus den genannten Obligationen entspringenden Klagen auf Entschädigung belangen, sondern möglicherweise auch mit der Hauptklage des Gläubigers, deren Abtretung er gegen Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit zu fordern ebenso berechtigt ist, wie die seiner sonstigen Befugnisse neben der Klage, oder auch, wenn dessen Forderung klaglos ist, diese allein, z. B. die Abtretung von Pfandrechten oder Uebergabe von Gegenständen, woran ein Innebehaltungsrecht ausgeübt wurde, — auch die der Klagen gegen die Mitintercedenten [16]. Den Regressanspruch kann der Intercedent, wenn er verklagt worden und es zu einem Prozess gekommen ist, sofort nach geschehener Verurtheilung, noch vor geleisteter Zahlung erheben [17]; auch ist es dabei ohne Einfluss, wie die Befriedigung geschehen ist [18]. — Dieser Anspruch auf Ersatz fällt weg: 1) wenn die Intercession von demjenigen, für welchen sie geschah, verboten worden ist [19]. 2) Wenn Jemand ohne Mandat des Anderen für eine klaglose Schuld desselben intercedirt hat [20]. 3) Wenn der Intercedent in der Absicht dem Anderen ein Geschenk zu machen hinzugetreten ist [21]. 4) Wenn der Intercedent sich der gegen die Forderung des Gläubigers ihm zuständigen Einreden nicht bedient, oder sonst den Prozess durch seine Schuld, oder ein dadurch veranlasstes ungerechtes Urtheil verloren hat [22]. 5) Wenn der Gläubiger dem Intercedenten die Leistung erlassen hat, ausgenommen es wäre um einer Remuneration willen geschehen [23].

III. Der schon beim Begriff der Intercession bemerkte doppelte Zweck derselben kann in mannigfaltigen Formen und Vertragsarten erreicht werden [24]. Manche derselben sind bereits in den vorigen Kapiteln dieses Buchs, zum Theil in anderer, und mit Ausschluss der gegenwärtigen, dort hierher verwiesener Anwendung vor-

[14] S. die drei letzten Stellen der vor. Anm.

[15] Fr. 16. §. 3. 4. *de Fidejuss.*, s. §. 82. bei und in Anmerk. [10] bis [14]. — In einem anscheinenden Konflikt stehen hier fr. 25. *eod.* (s. Zus. zu Anm. [24] in §. 17. Bd. I.) und fr. 6. *de V. O.* (s. das. Anm. [37]). Weitläuftige Vereinigungsversuche s. bei Girtanner Lehre v. d. Bürgschaft S. 21 ff., die richtige Erklärung der ersten Stelle s. im deutschen Corp. Jur. Anm. [10] nach Schilling, wonach für *fidejusserit* im ursprünglichen Text gestanden haben wird: *fide promiserit.*

[16] Fr. 17. 36. 39. *de Fidejuss.* c. 2. 11. 14. 21. *ej. tit.*

[17] Fr. 45. *eod.* c. 5. *X. ej. tit.*

[18] Fr. 18. 64. *eod.*, hierher gehört auch, wenn der Gläubiger *remunerandi caussa* des Intercedenten Schuld ihm erliess, s. fr. 10. §. ult. fr. 12. pr. *Mandati.* S. ferner fr. 12. §. 1. 2., fr. 26. §. 3. und fr. 46. *Mandati.*

[19] Fr. 6. §. 2., fr. 40. *Mandati* und *arg.* c. 24. *de Negot. gestis.*

[20] Fr. 25. *de Fidejuss.*

[21] Fr. 9. §. 3. *Ad Sct. Macedon.* c. 12. *de Neg. gest.*

[22] S. die unten Anm. [72] und [73] cit. Stellen.

[23] Fr. 10. §. 13., fr. 12. pr. *Mandati.*

[24] Vergl. darüber Sintenis a. a. O. S. 47. [2].

gekommen; andere finden, weil sie diesen Zweck ausschliesslich verfolgen, hier ihren Platz. Alle zerfallen aber je nach dem gedachten doppelten Zweck in zwei Klassen; man unterscheidet nämlich principale oder privative Arten der Intercession, das sind diejenigen Fälle, in welchen ein Schuldner völlig befreit, oder auch der, für welchen der Andere intercedirt, von Anfang an gar nicht Schuldner eines Dritten wird, ohnedies aber es hätte werden müssen, wenn überhaupt ein beabsichtigter Zweck erreicht werden sollte (s. nachher A. b.) — und kumulative oder accessorische.

A. Die Fälle, in welchen eine privative oder principale Intercession geschieht, sind wiederum von doppelter Art. Es ist:

a. möglich, dass der Intercedent allein und ausschliesslich für eine schon bestehende fremde Obligation verpflichtet wird, also geradezu in die Stelle des Schuldners aus derselben gegen den Gläubiger eintritt. Dies kann geschehen:

1. durch die sog. Expromission, d. i. Novation mit Personenwechsel zu dem obengedachten Zweck, s. §. 105. a. II. 1.

2. Durch Delegation (s. über diese das. Nr. 2.). Da dieses Rechtsgeschäft unter Umständen auch keine Intercession in sich begreifen, andererseits aber sowohl der Delegant als der Delegat intercediren kann, so ist dies hier noch näher zu bestimmen. 1) Der Delegant intercedirt α) nicht, wenn er seinen Schuldner sei es für seine Schuld an seinen Gläubiger, oder für eine fremde an den eines Anderen delegirt, ohne vorher dazu eine Verbindlichkeit übernommen zu haben, denn die Delegation ist dann lediglich an Stelle der Zahlung. Geschieht es aber in Folge einer übernommenen Verbindlichkeit dazu, so ist diese Uebernahme eine Intercession, nicht die zu deren Solution geschehene Delegation [25]. β) Wenn er einen Anderen, der nicht sein Schuldner ist, aa. für eine fremde Schuld delegirt, so ist das zugleich eine Intercession [26]; doch kann hierbei auch der Delegat intercediren, s. unter bb. 2), und also eine doppelte Intercession geschehen sein. Der Begriff der Intercession entsteht nämlich [27] dadurch, dass, da der Delegant hier dem Delegaten durch die Mandatsklage rückverantwortlich wird, er in sofern für denjenigen, welcher bei dem Delegatar aus der Verbindlichkeit heraustritt, diese eigentlich übernimmt, und nicht sogleich zahlt, wie in dem erstgedachten Fall. bb. Delegirt Jemand seinem Gläubiger einen Anderen, der nicht sein Schuldner ist, so ist darin keine Intercession enthalten [28]. 2) Der Delegat intercedirt, sobald er nicht Schuldner des Delegirenden ist [29].

b. Es ist ferner eine Intercession auf die Weise möglich, dass Jemand in eine erst neuentstehende Obligation für einen Anderen dergestalt eintritt, dass dieser gegen den Gläubiger aus derselben ausser Berührung bleibt. Dies kann geschehen:

[25] Daher kann denn auch eine Frau auf die zuerst gedachte Weise gültig delegiren, denn sie zahlt nur, und verpflichtet sich nicht *contra Sct. Vellej.*, s. fr. 8. §. 3. *ad Sct. Vellej.*, fr. 31. *de Novation.* Wegen fr. 8. §. 5. (und §. 2.) *ad S. V.* s. Sintenis a. a. O. S. 71. und 65 ff. A. M. ist C. Hoffmann in Sell's Jahrb. Bd. III. S. 413.

[26] Fr. 8. §. 6. und §. 3. in f. *eod. per arg. e contrar.*

[27] Zur Herstellung des Begriffs der Int. in diesem Fall gehört auch, dass der Gläubiger weiss, dass der Delegat nicht Schuldner gewesen ist, widrigen Falls ist keine Int. vorhanden, obwohl die Delegation vermöge der Novation besteht. Ebenso hängt es für den Delegaten von seiner Wissenschaft der Verhältnisse ab, ob, wenn er gezahlt und seinen Regress an eine delegirende Frau nimmt, ihm diese die *exc. Scti Vell.* entgegensetzen kann, oder nicht, s. Sintenis a. a. O. S. 59. und *Cujacius Op. T.* I. p. 1297., vergl. fr. 6. 7. *eod.*

[28] Vergl. über diesen in den Quellen nicht erwähnten Fall dens. S. 72.

[29] Fr. 8. §. 4. *Ad S. V.*, s. dens. S. 72.

1. Durch Eintritt in einen Kontrakt, so dass man für sich selbst mit dem Anderen diesem wissentlich im Interesse eines Dritten kontrahirt[30]; hier kontrahirt also eigentlich ein Mandatar in eigenem Namen, so dass dann der andere Kontrahent mit dem Mandanten in kein Verhältniss tritt[31]. Nicht zu verwechseln hiermit ist der Abschluss eines Kontrakts auf fremden Namen[32], indessen des Vergleichs wegen näher zu betrachten. Dabei ist zu unterscheiden: a, wenn Jemand, der mit einem Anderen bereits einen Kontrakt geschlossen hat, diesen auf eines Dritten Namen zu dem Ende schreiben lassen will, dass dieser sowohl in Rechten als Verbindlichkeiten in seine Stelle treten soll. Dies ist aber ohne den Willen des anderen Kontrahenten nicht möglich, und so müssen hier Cession auf der einen, und Novation durch Expromission auf der anderen Seite zusammentreffen. Eine Intercession liegt hierin nicht, weil der Eintretende wegen des Erwerbs der Rechte und des gesammten Obligationsverhältnisses ein eigenes Interesse hat[33]. b) Hat Jemand von Anfang herein unter eines Anderen Namen kontrahirt, aber nicht als Stellvertreter, und nicht in der Absicht, dass diesem daraus Rechte erworben werden sollen, sondern aus anderen Gründen, so ist darin höchstens eine Simulation geschehen; s. §. 17. bei Anm. 45—49.

2. Durch Vertretung eines Anderen als Verklagten in einem Prozess, so dass man die Verurtheilung auf sich nimmt[34]. Mit der hierin enthaltenen Intercession hat es übrigens seine besondere Bewandtniss. Sie kann nämlich, wenn sich aus den die Zulassung des Aufgetretenen betreffenden Erklärungen nicht bestimmt ergiebt, dass derselbe den Anderen ganz und gar gegen den Kläger vertreten, und dieser dagegen jenen aus der Verbindlichkeit entlassen solle, auch nur eine kumulative sein. Ist nun ersteres beabsichtigt, so ist die Gestaltung des Falls in der That von der Art, dass er denen unter a. vorher ganz ähnlich ist; ist hingegen nur das zweite beabsichtigt worden, so würde der Fall eigentlich der anderen Klasse der Intercessionen beizuzählen sein; doch zeichnet ihn hier wie dort das Eigenthümliche des Zustandekommens der Intercession und ihre Verknüpfung mit der stillschweigenden Voraussetzung aus, dass die Verurtheilung wirklich erfolge, so dass eine besondere Aufzählung an dieser Stelle gerechtfertigt erscheint. — Diesem Fall steht der, wenn ein Kompromiss auf schiedsrichterliches Ermessen in Angelegenheiten eines Dritten (vergl. §. 107. D. und bes. Anm. 92.) abgeschlossen worden ist, im Wesentlichen wie im Erfolg gleich.

B. Eine kumulative oder accessorische Intercession ist diejenige, wenn Jemand zu einer fremden Verbindlichkeit in der Art hinzutritt, dass er eine darauf bezüg-

[30] Fr. 8. §. 14., fr. 29. pr. *eod.*, c. 4. 19. *eod.*, s. dens. S. 84 f.

[31] Vergl. c. 13. *Si certum pet.* c. 7. §. 1. *Quod cum eo qui*, s. dens. S. 85.

[32] Tit. Cod. *Si quis alteri vel sibi* etc. und dazu Gesterding Irrthümer S. 239 ff.

[33] Es ist übrigens einleuchtend, dass Geschäfte der Art gemisbraucht werden können, Intercessionen von Frauen zu bemänteln.

[34] Nach R. R. liegt hierbei die Eigenthümlichkeit der Vertretung vor Gericht durch einen *Procurator in rem suam* und die in der *condemnatio* enthaltene *novatio* zu Grunde, s. fr. 2. §. 5. *Ad S. V.*, welche jetzt unpraktisch ist, so dass es fraglich wird, ob überhaupt in dieser Form noch eine Int. möglich und beziehungsweise besonders aufzuführen sei. Das erstere ist nun unbedenklich zu bejahen, sobald der Kläger damit einverstanden ist, dass der Aufgetretene den eigentlichen Gegner vertrete, wodurch also ein vertragsartiges Verhältniss hergestellt wird; vergl. auch Bethmann-Hollweg Vers. S. 243. Hierdurch aber ergeben sich die weiteren im Text enthaltenen Folgen für diese Art der Int. Ihr eigentlich charakteristisches Merkmal hat sie also mit dem Wegfall der in der Kondemnation enthaltenen Novation unleugbar verloren, s. §. 105. Anm. [2] z. A. und §. 34. Anm. [10].

liche Obligation mit dem Gläubiger aus derselben eingeht. Dies ist wiederum möglich:

a. so, dass die neue Obligation dergestalt neben die andere tritt, dass der Intercedent als Schuldner aus der ersteren vom Gläubiger gerade ebenso angegriffen werden kann, wie wenn er aus der letzteren selbst schuldete. Eine Intercession dieser Art geschieht:

1. durch Uebernahme der fremden Verbindlichkeit als Korrealschuldner, s. §. 89. II. C. 1. Geschieht dies, während man selbst zu einem Theil Schuldner ist, so betrifft die Intercession nur den Antheil des Mitschuldners[35].

2. Durch Constitutum einer fremden Schuld. Es ist nämlich möglich, gerade so eine fremde, wie eine eigne Schuld zu konstituiren, und dies hat dann ebenso wie dort eine besondere Obligation zur Folge (s. §. 99. III.), welche, soweit sie, und das gilt freilich von den Hauptpunkten, mit der anderen Obligation zusammentrifft, eine solidarische Verpflichtung neben der aus dieser entspringenden umfasst[36].

[35] Fr. 17. §. 2. *Ad Sct. Vell.*

[36] Es kommt hier zunächst darauf an, ob ein Unterschied zwischen *constitutum* u. *fidejussio*, nachdem jetzt das äussere Erkennungszeichen der *stipulatio* für die letztere weggefallen, noch heutzutage praktisch bestehe, oder ob beide völlig zusammengeflossen seien? Wäre das zu bejahen, so könnte in obiger Verbindung von dem Constitutum keine Rede sein. Puchta z. B., §. 404., folgert aus jenem Grunde, dass sich auch kein Unterschied in den Erfordernissen und Wirkungen mehr machen lasse; auch die Verschiedenheit, dass, wenn der Bürge für mehr als die Hauptschuld betrug, gutgesagt, die *fidejussio* ungültig war, das *constitutum* aber doch auf Höhe der letzteren galt, müsse jetzt gleich der auf die Bürgschaft übertragen werden, dass nicht sie, wohl aber jenes auch auf Zahlung in anderen Sachen, als worin der Hauptschuldner zu zahlen verpflichtet war, abgeschlossen werden könne. Die Ausgleichung der *fidejussio* in der ersten Beziehung ist als richtig zuzugeben; zu der zweiten sehe ich keinen hinlänglichen Grund, wie überhaupt nicht zu der Meinung, dass das *constit. deb. alieni* heutzutage ganz unter den Begriff der Verbürgung, und also unter die nachher folgende Klasse der Int. falle. Diese Ansicht, und zwar so, dass unsere heutige Bürgschaft ein neues, aus *constitut.* und *fidejussio* zusammengesetztes Institut sei, welches den Kern beider begreife, keinem ganz entspreche, vertheidigt Girtanner Lehre v. d. Bürgschaft, Bd. II. S. 373—81. 396 f. Der Zweck der *fidejussio* ist überhaupt und ganz entschieden nur der der Sicherheitsleistung des Gläubigers; demgemäs ist das Objekt der Hauptobligation und der aus der *fidejussio* identisch. Das *const.* konnte zwar denselben Zweck haben, aber auch einen davon abweichenden, nämlich je nach der Möglichkeit seines in Anwendung auf *debitum proprium* in §. 99. III. angegebenen Inhalts, und darunter nun auch auf eine Leistung von anderer Art gerichtet sein. Daraus erklärt sich ferner, dass die Verbindlichkeit aus dem *constit.* nur durch solche Ereignisse erlischt, welche zugleich eine Befriedigung des Gläubigers aus der Hauptobligation enthalten, nicht aber z. B. durch deren Verjährung, s. fr. 18. §. 1. *de Pecunia const.*, und es tritt in Ansehung seiner keine Prozesskonsumtion ein, §. 3. *eod.* Ist nun hiernach ohne Zweifel ein so wesentlicher Unterschied vorhanden, dass eine völlige Verschmelzung aller einzelnen Bestimmungen beider Institute in Eins füglich nicht möglich ist, so zeigt andererseits Nov. 4. c. 1., welches gegen das *constit. deb. al.* das mit dessen Natur unvereinbare, nur aus dem Zweck der *fidejussio* erklärbare *beneficium excussionis* zulässt, ganz entschieden, dass dadurch wenigstens derselbe Zweck, wie durch letztere erreicht werden konnte. Hierdurch gewinnt man für das R. R. das Resultat, dass das *const. deb. alieni* je nach dem Inhalt seiner einzelnen Bestimmungen und offenbar auch nach der Absicht der Kontrahenten in einer doppelten Eigenschaft, als nicht subsidiär, und als blosse Verbürgung möglich gewesen sei; von Fällen der ersteren Art ist denn auch sicher die gedachte Novelle allein zu verstehen, s. darüber Vangerow a. a. O. S. 147. Nun ist aber noch folgende Frage übrig. Durch den Wegfall des immer untrüglichen Kriterium der formellen Abschliessung durch Stipulation im heutigen

b. Eine kumulative Intercession ist ferner in der Art möglich, dass die Obligation nur die Sicherung der Erfüllung einer fremden Verbindlichkeit an den Gläubiger bezweckt[37]. Dies kann geschehen:

1. durch Verpfändung einer Sache für die Schuld eines Anderen, s. §. 68. Anm. 5. und §. 71. bei Anm. 11.

2. Durch Verbürgung. Darunter ist der Vertrag mit des Schuldners Gläubiger zu verstehen, dass man für die Erfüllung dessen, was dieser schulde, einstehe; die Bürgschaftsobligation[38] ist also eine solidarische mit der des Hauptschuldners, besteht aber als accessorische gleich dem Pfandrecht in strengster Abhängigkeit von der Hauptobligation, so dass die die Existenz und Wirksamkeit der letzteren treffenden Momente sie unbedingt mitberühren[39]. Darin ist folgendes, diese prak-

Recht ist nicht nur das hierin enthaltene Unterscheidungsmerkmal zwischen *fidejussio* und *constit. deb. alieni* verschwunden, so dass wir, sobald nur eine subsidiäre Haftung, also eine blosse Sicherung der Schuld eines Anderen beabsichtigt wird, nicht mehr zwei Geschäftsformen haben, vielmehr das Institut der Verbürgung als ein einziges erscheinen muss, sondern auch das zwischen dem *const. deb. alieni* mit der vorher angedeuteten hierin wesentlich verschiedenen Absicht, und der unter Nr. 1. im Text gedachten Korrealobligation. Dürfen nun, selbst bei Anerkennung der Richtigkeit des bisherigen Resultats, die im Text unter a. aufgezählten beiden Geschäftsformen als verschiedene angesehen werden? Es ist hier zuzugeben, dass, soweit gar keine Aenderung des Inhalts der Obl. beliebt worden, eine Verschiedenheit nicht erkennbar sein wird, dagegen aber muss eine solche allerdings im umgekehrten Fall behauptet werden. — S. jetzt auch Vangerow 6. Ausg. S. 101. und vergl. Helmolt Korr.-Obl. S. 99. c,.

[37] Es ist übrigens nicht unmöglich, die erstere schon vor der zweiten einzugehen, also nothwendig stillschweigend bedingt, s. §. 3. *I. de Fidejuss.* fr. 6. §. 2., fr. 47. §. 1., fr. 55. *ej. tit.*

[38] Für die Bürgschaft ist namentlich anerkannt, dass sie *pro omni oblig.* möglich sei, s. fr. 1. 2. *de Fidejuss.*, s. o. bei und in Anm. [13], [15] und fr. 6. §. 2. *eod.* Ueber den Begriff und das Wesen der Bürgschaft s. jetzt Girtanner a. a. O. S. 315 ff. Vergl. Zusatz in Anm. [36], und zu Anm. [39].

[39] S. Anm. [36]. Diese Abhängigkeit begründet in sofern Verschiedenheiten zwischen dem Bürgschaftsverhältniss und anderen passiven Solidarverhältnissen, (vergl. §. 89. Anm. [12]) als die Ereignisse, welche bei letzteren sonst nur den einen Schuldner befreien, wenn sie beim Hauptschuldner eintreten, auch die Obl. des Bürgen aufheben, sei es, dass dadurch die Hauptschuld *ipso jure* aufhört, wie bei der Konfusion, oder nur *exceptio* begründet wird, wie die *doli* und *metus*, fr. 14. §. 6. *Quod metus*, und s. dagegen z. B. fr. 4. 5. *de Compens.* fr. 10., *de Duob. reis*, und *pacti de non petendo*, fr. 32., fr. 21. §. ult. — fr. 26. *de Pactis.* S. Ribbentrop Korrealobl. S. 27.[5], 32.[13], 106 ff. Fritz Erl. zu Wening Bd. II. S. 168 f., 185. Vergl. jetzt bes. Helmolt v. d. Korr.-Obl. S. 91. 96. 100 ff. und 125 ff. und Girtanner a. a. O. S. 396 ff. und 402 ff. Der letztere stellt S. 495 ff. den von der gemeinen Doktrin mit der accessorischen Natur in Verbindung gebrachten Aufhebungsgrund der B., nämlich den Untergang der Hauptschuld, gleichviel wie dieser vorgeht, in Abrede. Allerdings räumt er S. 513. ein, dass in der Regel diese Folge aus anderen Gründen eintreten werde; wenn er daneben aber als Resultat lehrt: „das accessorische Verhältniss der B. als solches für sich betrachtet sei ohne Einfluss auf das Erlöschen der einmal gültig eingegangenen B.“, so würde ich es, selbst wenn es mit den wenigen Fällen, in denen dies zutreffen und mit denen der Hauptsatz widerlegt werden soll, seine Richtigkeit hätte, für die Doktrin vorziehen, nicht um ihrer willen denselben aufzugeben, sondern jene als Ausnahme zu führen. Nun ist aber Girtanner's Argumentation wider das Erlöschen der B. in nothwendiger Abhängigkeit von dem Untergang der Hauptschuld aus inneren Gründen (S. 495 ff.) nichts weniger als gelungen. Dies hier ausführlich darzulegen, würde zu weit führen; ich bemerke nur Folgendes: 1, Girtanner's Widerspruch wird nur möglich, indem er die B. „als eine Erweiterung der Hauptschuld“ (ähnlich wie die Servitut als Erweiterung des Eigenthums) auffasst. So lange jedoch nicht zu leugnen sein (pr. I. *h. t.* fr. 1. §. 8. *de O. & A.*) und auch nicht geleug-

tisch besonders wichtige kumulative Intercessionsart charakterisirende Einzelne, dessen Grundzüge bereits unter Nr. II. z. A. angegeben worden, enthalten.

1) Die Bürgschaftsobligation kann kein anderes Objekt betreffen, als die

net wird (Girtanner selbst, S. 317.), dass der Zweck der B. Sicherung der Hauptschuld sei, wird auch von der diesen Zweck betreffenden Obligation nur so lange die Rede sein können, als das zu Sichernde existirt. Ob ferner der Begriff des Accessorischen mit Recht oder Unrecht auf die B. übertragen werde, darüber dürften die Ausdrücke *accessio*, *accedere* u. s. w., z. B. in fr. 1. 3. 5. 34. *h. t.* fr. 91. §. 4. *de V. O.* (vergl. Buchholtz Vers. S. 67. *Brisson. de V. S. h. v. princ.*) entscheiden. 2, Girtanner erkennt demnächst selbst an, (S. 498.) dass zuletzt der Beweis aus dem positiven Recht durchschlagend sein müsse, und Alles davon abhänge, ob dessen einzelne Entscheidungen es unmöglich machen, nach dem Untergang der Hauptschuld noch eine Fortdauer der B. anzunehmen. Während er nun das accessorische Verhältniss hinsichtlich der Entstehung als unzweifelhaft vom pos. R. für die B. anerkannt einräumt, sowie nicht minder, dass die römischen Juristen auch hinsichtlich des Bestehens dasselbe anerkennen, will er dennoch hierauf darum kein entscheidendes Gewicht gelegt wissen, weil das letztere Verhältniss aus dem ersteren nur mit Hülfe des Princips hergeleitet werde: *ea, quae initio recte constiterunt, resolvuntur, cum in eum casum ceciderunt, a quo non potuissent incipere;* denn die allgemeinen Aussprüche, durch welche jenes Princip auf den Untergang der B. angewendet wurde, können nicht sofort Geltung beanspruchen, weil es selbst nicht *in omnibus* als *verum* bezeichnet werde. Es frage sich vielmehr hauptsächlich, ob nicht Entscheidungen (die obgedachten wenigen Fälle) vorliegen, die das Fortbestehen der B. trotz des Untergangs der Hauptschuld bejahen? Solche findet er nun a, in fr. 18. *de Pecun. const.*, über diese Stelle s. jedoch Anm. [36] in d. Mitte. b, In fr. 95. §. 1. *de Solut.* fr. 88. 91. §. 4. *de V. O.* Allein diese und mehrere andere Stellen in Verbindung mit ihnen sind Gegenstand sehr verschiedener Auslegung unter den Juristen, (ich habe darauf stillschweigend in dem obigen Citat aus Ribbentrop verwiesen) vergl. Savigny Syst. Bd. V. S. 615. [h]) und Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 819. [h]), der Ausnahmen von der Regel darin sieht, und Girtanner selbst S. 83 ff. Sie können daher nicht gebraucht werden, um einen sonst wohlbegründeten Lehrsatz umzustossen. — Der Einrichtung seines Buchs gemäs, behandelt Girtanner denselben auch schon im ersten Theil, S. 79 ff.; hier sind noch folgende Stellen als Entscheidungen enthaltend aufgezählt, die ihm widersprechen sollen: c, „während laut fr. 47. *de Fidej.* nach eingetretener *capitis deminutio*, die des Hauptschuldners Oblig. aufhebe, für diese keine B. mehr eingegangen werden könne, bleibe die eingegangene doch nach fr. 5. *Qui satisdare* bestehen.“ Hierbei scheint ein Misverständniss vorzuwalten. Die erste Stelle sagt: *si debitori deportatio irrogata est, non posse pro eo fidejuss. accipi, scribit Julianus, quasi tota obl. contra eum extincta sit;* er war bürgerlich todt, mithin konnte für ihn nicht mehr gebürgt werden (s. Savigny Syst. Bd. II. S. 71.), eine andere Frage aber ist es, was aus seinem Vermögen werde, deren Beantwortung durch den Eintritt der meist mit der Konfiskation erfolgenden Universalsuccession des Fiskus gegeben wird (s. das. Anm. [6] und S. 87. [8]). Geht also die Obl. nicht an sich unter, sondern auf einen Universalsuccessor über, so versteht sich freilich, wie die zweite Stelle sagt, dass dieser den Bürgen nach wie vor mit gutem Recht in Anspruch nehmen kann. (Nur beiläufig sei noch auf fr. 5. pr. *Ut legator.* verwiesen, wonach *si heres ab hostibus captus sit, nec fidejussores interim tenentur*, also die strengste Abhängigkeit der *fidej.* von der Wirksamkeit der Hauptschuld bestätigt wird.) d, „Nach fr. 11. *de Fidejuss.* trete, wenn der Hauptschuldner ohne Erben gestorben, ein Zustand ein, wo kein Bürge angenommen werden könne, demungeachtet bleibe nach fr. 1. §. 14. *Depositi* in einem solchen Fall der Bürge verhaftet.“ Mit der Verpflichtung aus dem Depositum hat es aber, weil es sich dabei um die faktische Restitution des Besitzes, unabhängig von besonderen juristischen Verhältnissen, handelt, seine ganz besondere Bewandniss, und es kommen mehr Anomalien der Art bezüglich des *depositi*, namentlich an Sklaven und *filiifamil.* und nach erfolgter Emancipation, vor, s. Savigny a. a. O. S. 85. 141. (Wegen Girtanner's Bezugnahme auf die *i. i. rest.* (S. 85. und 521 ff.) s. Bd. I. §. 36. bei und in Anm. [163].) Wie endlich fr. 95. §. 3. *de Solut.* eine Entscheidung gegen die Konsequenzen aus dem Entstehen auf

Hauptobligation, also z. B. nicht Geld, wenn aus letzterer eine Summe Getreide geschuldet ward [40].

2) Der Bürge kann sich zwar wohl unter günstigeren, nicht aber unter härteren Bedingungen verpflichten, als der Hauptschuldner selbst [41], also nicht nur nicht auf eine grössere Summe, sondern auch z. B. nicht unter Festsetzung eines unbequemen Zahlungsorts, unter Einräumung der Wahl bei alternativen Obligationen an den Gläubiger, welche dem Hauptschuldner zustand, während das Gegentheil, Einräumung der dem Gläubiger zuständigen Wahl an den Bürgen statthaft ist; ferner nicht unter Weglassung der für die Hauptobligation bestehenden Bedingungen und Termine; dagegen aber nicht nur auf eine geringere Summe, sondern auch z. B. wenn der Bürge nur eine einfache statt einer alternativen, oder eine alternative statt einer kopulativen, eine bedingte oder betagte anstatt einer unbedingten, oder eine mehrfach bedingte anstatt einer einfach bedingten Hauptschuld übernimmt, oder unter Weglassung des für diese bestimmten Zahlungsorts [42]. Eine dem zuwider eingegangene Bürgschaft gilt nur im Umfang und der Eigenthümlichkeit der Hauptschuld, wenn und soweit jene wenigstens diese umfasst [43]. Ob nun aber die Verbürgung die Hauptschuld in ihrem vollen Umfang, d. h. mit allen darauf bezüglichen und sonstigen Nebenforderungen, als: Konventionalstrafen, Zinsen, Verzugszinsen und Prozesskosten, und beziehungsweise das vollständige Interesse und Scha-

das Fortbestehen enthalten solle, vermag ich nicht einzusehen, s. darüber §. 106. Anm. [17]. — Bei Anschauungen und Interpretationen solcher und ähnlicher Art gelangt Girtanner über viele der wichtigsten praktischen Sätze und Konsequenzen zu diametral der bisherigen Doktrin entgegengesetzten Resultaten, die zum Theil in den folg. Anmm. noch berührt werden werden.

[40] Fr. 42. *de Fidejuss.*, s. hierzu *Averan. Interpret. jur. Lib. II.* c. 4. §. 13. und vergl. Anm. [38]. Eine Konsequenz dieses Satzes ist es, dass nach fr. 8. §. 8. *eod.* der Bürge auch nicht eine alternative Obl. anstatt einer einfachen übernehmen kann, obwohl er dadurch in eine vortheilhaftere Lage kommt, vielmehr ist die Bürgschaft null und nichtig; ingleichen, dass die dem Hauptschuldner zuständige Wahl gültiger Weise nicht dem Bürgen eingeräumt werden kann, denn wenn er etwas anderes wählt, als jener gewählt haben würde, so hat er *aliam rem* geleistet, als dieser schulden würde; fr. 38. pr. *eod.* Vergl. übrigens Anm. [39]; ist ein verschiedenes Objekt angelobt worden, so ist es möglich, dass das Geschäft als *constit. debiti alieni* besteht, nur dürfte dann dasselbe nicht den bestimmten Zweck der Verbürgung aussprechen und sich als solches manifestiren. — Gelegentlich ist hier noch zu bemerken, dass, wenn der Inhalt der Obl., wofür gebürgt worden, ein *non facere* ist, der Bürge nur dafür haftet, wenn der Schuldner, nicht, wenn er selbst dem zuwider handelt, s. fr. 49. §. 1. *de V. O.*

[41] Fr. 8. §. 7. *eod.*

[42] §. 5. *I. de Fidejussor.* fr. 8. §. 7. bis 12., fr. 16. §. 1. 2., fr. 34. *eod.*; vergl. Glück Komm. Bd. XIII. S. 400 ff. Ob wirklich *durior causa* für den Bürgen anzunehmen sei, kann sich je nach den Umständen öfters nicht von vornherein übersehen, sondern erst aus dem Erfolg später erkennen lassen, fr. 16. §. 5., fr. 70. pr. §. 1. *eod.*

[43] Nach R. R. heisst es (fr. 8. §. 7. (8.) *eod.*) *placuit, eos omnino non obligari.* Zwar ist hierüber eine bedeutende Meinungsverschiedenheit entstanden, s. darüber die Lit. bei Glück Bd. XIII. S. 402 f., indem man die Ungültigkeit der Bürgschaft nur auf die *durior causa* hat beschränken wollen, in dem Umfang und Eigenthümlichkeit der Hauptschuld sei sie gültig; allein die letztere Ansicht lässt sich nach R. R. neben der ganz bestimmten, in allen Beispielsfällen wiederholten Rede: *non obligabitur*, nicht rechtfertigen; über die dafür vorgebrachten Gründe s. Vangerow a. a. O. S. 141. Dagegen nehme ich keinen Anstand, mich der anderen Ansicht vom Gesichtspunkt des heutigen Rechts aus anzuschliessen, indem der Vertrag, welcher der Bürgschaft zu Grunde liegt, diese Auslegung verträgt und die strengere Bestimmung des R. R. mit der Form der Stipulation für die *fidejussio* zusammenhängt; vergl. auch Puchta §. 404. Vergl. jetzt auch Vangerow 6. Ausg. S. 151.

densersatz, betreffe, oder nur die eigentliche Kapitalschuld, ist Sache der Auslegung des Bürgschaftsvertrags[44], und im Ganzen nach gleichen Grundsätzen zu beurtheilen, wie der Umfang eines bestellten Pfandrechts; s. §. 75.

3) Die Bürgschaftsobligation kann nicht länger dauern, als die Hauptobligation; daher haben alle Gründe, wodurch die letztere von selbst erlischt, wie Zahlung, Kompensation u. s. w., auf die erstere denselben Einfluss[45], dies folgt auch schon aus der Identität des aus beiden geschuldeten Objekts, vergl. §. 89. bei Anm. 12. Es hat aber ferner das Verhältniss der zweiten als accessorischer, zur ersten als principaler auch die Folge[46], dass der Bürge dem Gläubiger alle dem Hauptschuldner wider ihn zuständige Exceptionen zu seiner Vertheidigung entgegensetzen kann, möge letzterer dazu einwilligen oder nicht[47], sobald sie nur nicht blos einen auf die Person des Schuldners als solchen allein berechneten, sondern einen aus dem Sachverhältniss erwachsenden Schutz gegen die Forderung selbst gewähren[48]. Diese Regel leidet dann eine Ausnahme, wenn die Bürgschaft in der Absicht

[44] Fr. 52. §. 2., fr. 56. §. 2., fr. 58. pr. 68., pr. §. 1. *de Fidejuss.*, fr. 8. 10. *de Eo quod certo loco*, fr. 54. pr. *Locati*, fr. 24. §. 1. *de Usuris* (*mora*, s. oben §. 93. S. 209.). Helmolt a. a. O. S. 103 ff. 108 ff. S. auch fr. 52. pr. *de Fidejuss.*, wonach der Bürge, der für das, was bestellte Pfänder nicht decken, einstehen will, durch deren zufälligen Untergang nicht frei wird. Vergl. jetzt Girtanner a. a. O. S. 385 ff. 410 ff. und über die sog. Schadlosbürgschaft S. 324 ff. — Abrechnungen über die Hauptschuld und Anerkennung von Seiten des Hauptschuldners binden den Bürgen so wenig, wie darauf bezügliche Verzichte. S. Archiv. f. prakt. Rechts-Wiss. VI. S. 158. 161. Erk. des O.-A.-G. zu Darmstadt.

[45] Fr. 4. *de Compens.*, fr. 5. pr. *de Liberat. leg.*, vergl. §. 84. II., nur muss die ganze Obl. und nicht blos die Klage erloschen, jene also nicht nur zur naturalen herabgesunken sein, fr. 60. *de Fidejussor.*, fr. 7. pr. *de Except.* S. Zus. z. Anm. [39].

[46] S. §. 89. Anm. [12].

[47] §. 4. *I. de Replic.*, fr. 7. §. 1., fr. 19. *de Except.*, fr. 15. pr. 32. 49. pr. *de Fidejuss.*, fr. ult. *de Pactis.* Vergl. Anm. [39].

[48] Fr. 7. §. 1. *de Except.*, das ist der Gegensatz der *exc. personae* und *rei cohaerentes*, s. §. 32. bei Anm. [33] und §. 102. bei und in Anmerk. [11] und [12]. Nach dieser Stelle gehören zu denen der zweiten Art auch die *exc. Sct. Macedoniani* (vergl. §. 108. Anm. [47],) *et Vellejani*, indem durch die Bestimmung, welche sie entspringen lässt, die Obligation selbst charakterisirt wird; so ferner die *exc. doli* oder *metus*, wenn auch nur gegen den Hauptschuldner begangen, fr. 14. §. 6. *Quod metus.* Dagegen gehören zu den *personales exc.* z. B. das *benefic. competentiae* und *exc. pacti de non petendo in personam*, fr. 7. pr. *eod.*, fr. 21. §. ult., fr. 22. *de Pactis*, fr. 24. pr. *de Re jud.* Die Klagverjährung kommt aus der Person des Hauptschuldners in Betracht; sie ist m. a. W. *rei cohaerens.* — Die oben vorgetragene gemeine Lehre wird angefochten von Girtanner a. a. O. S. 384., wozu zu vergleichen ist S. 39 ff. und S. 515 f., der folgende Resultate substituirt: „nur diejenigen Exceptionen kommen dem Bürgen als solchem zu Statten, welche die Schuld ihrem naturalen Bestandtheil nach aufheben, vorausgesetzt, dass sie schon zu der Zeit begründet seien, wo die Bürgschaft eingegangen worden sei; später entstandene nur kraft des Korreal- u. des Regressverhältnisses“; „die ersteren aber auch dann, wenn der Bürge keinen Regress habe“. — Ich glaube die gemeine Doktrin festhalten zu müssen, und bemerke wider Girtanner's ausführliche Begründungsversuche hier nur dieses: 1) die nähere Bestimmung der Regel bezüglich des naturalen Bestandtheils kann ich für die Doktrin des heutigen Rechts darum nicht für erforderlich, resp. formell für zulässig erachten, weil, wenn zwar nach fr. 60. *h. t.* in den Fällen, *ubi reus ita liberatur a creditore, ut natura debitum maneat, tenetur fidejussor*, dennoch deren Zahl schon nach R. R. äusserst gering, zugleich ausserordentlich bestritten, (s. §. 82. Anm. [15]) ausserdem aber keiner von ihnen praktisch ist, der nicht unter die Ausnahmen bei Anm. [48] und [49] im Text fiele. Deshalb habe ich auch schon früher die von Anderen, z. B. Unterholzner Schuldverh. Bd. II. S. 819. nach fr. 60. *d.* formirte Ausnahme nicht einmal erwähnen zu dürfen geglaubt. 2) Der Regress ist als der praktische Veranlassungsgrund der

geleistet worden ist, um dem Hauptschuldner dadurch in sofern ein Geschenk zu machen, als der Bürge auf die Regressklage gegen den letzteren verzichtet, oder

allgemeinen Regel von der Zuständigkeit der Exception des Hauptschuldners anerkannt, §. 4. *I. de Repl.* fr. 32. *de Pactis*, fr. 46. *h. t.* s. oben §. 102. bei Anm.[11] und [12]) und auch selbst nach einer allgemeinen Regel begründet, *Gai.* III. §. 127. §. 4. *I. d.* §. 6. *I. de Fidejuss.* Mag derselbe nun auch in anderen als bürgschaftlichen Verhältnissen vorkommen, und andererseits der Bürge darauf verzichten können, so ist er doch gewiss unter diesen Umständen kein „zufälliger Umstand" mehr zu nennen, und es wird für die Doktrin angemessener sein, wie im Text geschehen, für den Fall des Verzichts auf den Regress eine Ausnahme von der Regel über die Zuständigkeit der Exception des Schuldners anzuerkennen. 3) Wenn ferner zwar (s. vorher Anm. [39] und vergl. Savigny Obl.-R. Bd. I. S. 185. 190.) diese Zuständigkeit zu einem Theil der Exception auf das accessorische, zu einem anderen auf das solidarische Verhältniss der Bürgen Behufs der Erklärung zurückzuführen ist, (Girtanner S. 516.) so glaube ich doch, wie bei der Regel, so bei der Unbeschränktheit der Ausnahme im ersten Theil des Satzes bei Anm. [49] auf Grund der Stellen stehen bleiben zu müssen, wonach dieser in den Institutionen als das allgemeine Motiv der Anwendung dieser Derivationen hervortritt. Direkt nämlich wird die Folgerung, dass die schon bei Abschluss der Bürgschaft begründeten Exceptionen auch dem Bürgen zustehen, welcher keinen Regress hat, nur auf fr. 16. §. 1. *ad Sct. Vellej.* und fr. 14. *Quod metus c.* von Girtanner gegründet. Die erste Stelle ist nicht ohne Schwierigkeit und greift in die Kontroverse ein, ob (nach Pandektenrecht) die Intercession der Frauen *ipso jure* nichtig sei, oder nicht, s. nachher Anm. [79] und Glück Komm. Bd. XV. S. 53., schon deshalb ist es in hohem Grade bedenklich, darauf einen sicheren Satz zu bauen. Aber die hier in Betracht kommenden Worte (*etiamsi mandati act. — non hab.*) stehen ja nur im Bezug, resp. im Gegensatz zu dem *fidej. rogatus.* Da nun die *neg. gestor. a. contraria* daneben nicht versagt ist, und sich nicht zweifeln lässt, dass sie damals (Julian.) ebenfalls schon zuständig gewesen sei, (s. Girtanner S. 94.) so ist auch der Regress als Motiv der Zuständigkeit der Exception wirklich nicht ausgeschlossen. Würde dagegen auf die Schlussworte (*quia totam oblig. Sen. improbat*) als den eigentlichen Entscheidungsgrund verwiesen, so dürfte, sollen sie dafür erachtet werden, gewiss dagegen geltend zu machen sein, dass darin der Intercession der Frauen von Julian eine Anschauung abgewonnen sei, wonach die Obligation als ganz ungültig, als nie bestanden erscheine, womit dann freilich die Wirkungslosigkeit der Bürgschaft von selbst verbunden wäre, und also die nothwendige Zuständigkeit der *exc.* für faktisch ähnliche Fälle, wie für die *exc. Sct. Maced.* in §. 108. Anm. [40] bemerkt worden ist. Die zweite Stelle spricht nur einen allgemeinen Satz aus, neben dem die Ausnahme: wenn der Bürge *donandi animo* auf den Regress verzichtet, nicht nothwendig als verneint erscheint, also denkbar bleibt. — Bei unbefangener Prüfung der hier in Betracht kommenden Stellen und Verhältnisse ist nicht zu leugnen, dass ohne einen Widerspruch unter diesen die Beschränkung der besprochenen Ausnahme (im Textsatz bei Anm. [49]) dahin möglich wäre, dass auch der auf den Regress verzichtende Bürge dennoch solche Exceptionen des Schuldners vorschützen dürfe, die bereits bei Abschluss der Bürgschaft begründet sind, und *rei cohaerent*, in sofern nämlich dadurch die Obligation selbst charakterisirt wird, die Zuständigkeit dieser Exception also als von dem Regress völlig unabhängige Konsequenz des accessorischen Verhältnisses erschiene. Allein es kommt noch hinzu, dass demungeachtet die Hauptschuld doch immer eine gültige ist, (was keineswegs mit Girtanner S. 45. als gleichbedeutend verstanden werden darf: mit dem Nichtvorhandensein einer Exception,) mithin auch die Bürgschaft; und daher vermag ich nicht einzusehen, worin jene Exceptionen und die erst später entstandenen (auch *rei cohaerentes*, Beispiele s. fr. 7. §. 1. *de Exc.*) von diesem Standpunkt aus verschieden, und warum allein der letzteren Zuständigkeit durch den Regress bedingt sein solle? Girtanner's einziger Beweis (S. 43.) ist und bleibt fr. 32. *de Pactis;* wenn nun auch darin von einer Exception der letzteren Art die Rede ist, so deutet doch die Entscheidung nicht entfernt darauf hin, dass sie eine principielle je nach dieser Art sein solle; Girtanner's Annahme, „dass durch diese Stelle Paulus seine in fr. 7. §. 1. *d.* aufgestellte allgemeine Regel

wenn die Bürgschaft gerade gegen gewisse Exceptionen des Hauptschuldners sichern soll [49].

Uebrigens besteht die Obligation des Bürgen als eine besondere in sofern für sich, als für ihren Fortbestand einflussreiche Momente, und Gründe zu besonderen Exceptionen des Bürgen wider den Gläubiger erwachsen, auch für deren Erfüllung Pfandrechte und anderweite oder Afterbürgschaften bestellt werden können. Unter den dem Bürgen im Besonderen zustehenden Exceptionen sind folgende in näheren Betracht zu ziehen:

a) die der Vorausklage des Hauptschuldners (Beneficium excussionis s. ordinis); diese ist dem Bürgen dann zuständig, wenn der Hauptschuldner noch nicht vergeblich ausgeklagt, oder sonst erweislich zahlungsunfähig ist; denn erst dann und für den Fall der Insolvenz tritt die Verpflichtung des Bürgen ihrer Natur nach in Wirksamkeit [50]. Nur muss, um die Exception mit Erfolg vorschützen zu können, der Hauptschuldner nicht wegen Abwesenheit nur mit Schwierigkeiten belangt werden können; ist das der Fall, so darf der Gläubiger bei Gericht beantragen, dem

modifizire", ist willkührlich und beweist auch nichts weiter. Und ist denn nicht in fr. 9. §. 3. *ad Sct. Maced.* die Zuständigkeit dieser doch schon mit der Hauptschuld selbst entstandenen *exc.* für den Bürgen auch von dessen Regress abhängig gemacht? (Dass erstere nur eine *naturalis* ist, (§. 108. [40]) bleibt für die Bürgschaft gleichgültig.) Sobald dagegen einmal die Anschauung allgemein geworden war: dem Bürgen stehen darum die Einreden des Hauptschuldners zu, *ne per eum ad reum veniatur*, so musste auch der Schluss als ein allgemeiner gerechtfertigt erscheinen: *igitur si mandati actio nulla sit, forte si donandi animo fidejusserit, dicendum est, non prodesse exceptionem fidejussori*, — liesse sich die Zuständigkeit mancher Klassen von Einreden, wie vorher unter Nr. 3) gedacht worden, selbst auf anderer rechtlicher Basis schon als begründet nachweisen. — Gegen die Girtanner'sche Ansicht hat sich auch Vangerow 6. Ausg. S. 152 ff. erklärt.

[49] 1, fr. 32. *de Pactis*, fr. 9. §. 3. *ad Sct. Macedon.*, s. hierzu Elvers im Arch. f. prakt. R.-W. Bd. II. S. 444. fr. 5. pr. *de Liberat. leg.* 2, §. 4. *I. de Replic.*, fr. 58. §. 1. *Mandati.* Auch das Gesuch um Restitution aus der Person des Schuldners steht dem Bürgen nicht zu, vergl. §. 36. bei und in Anm. [163].

[50] Im älteren R. R. können die Bürgen neben dem Hauptschuldner beliebig zuerst angegriffen werden; wegen der *fidejussores* s. c. 5. 19. 23. *de Fidejuss. coll.* fr. 62. *eod.*, wegen des *mandator* s. fr. 56. pr. *Mandati*, c. 19. *d.*, ebenso stand die Wahl frei, die etwa daneben noch bestellten Pfandrechte beliebig geltend zu machen, fr. 51. §. 3., fr. 62. *de Fidejuss.*, fr. 56. *d.* c. 17. 21. *de Fidejuss.* Die hiervon schon früher Statt findenden Ausnahmen in c. 17. *d.* fr. 3. §. 4. *de Administr. rer.* und c. 5. *de Fidej.* interessiren jetzt nicht weiter, nachdem in Nov. 4. c. 1. der im Text enthaltene Satz allgemein vorgeschrieben worden, welcher dort auf den *fidejussor*, den *mandator* und den Konstituenten bezogen worden ist. Darüber, dass in der Nov. wirklich eine *exc.* gegeben, nicht die Natur der Bürgschaft dahin geändert sei, dass sie zu einer *ipso jure* bedingten Verpflichtung geworden, s. Girtanner a. a. O. S. 425. Wegen der Voraussetzung der Solvenz in der Novelle, um die Exkussionseinrede mit Erfolg vorschützen zu können, s. Heimbach in der Zeitschrift Bd. XIII. S. 389 ff. Wegen der Lesart bezüglich des Konstituenten s. Glück Komm. Bd. XIII. S. 405 f. und wegen der Anwendung des *benef. excuss.* auf ihn s. vorher Anm. [36]. Die Anwendbarkeit der Vorschrift wegen der Frist zu bezweifeln habe ich keinen Grund. Vergl. überhaupt noch Heimbach im R.-Lexikon Bd. I. S. 903. Wenn jedoch dieser S. 904. die dispositiven Worte der Stelle auch auf andere Arten der Intercession vermöge usueller Auslegung beziehen will, so wüsste ich nicht, an welche ausser denen, wenn für fremde Schulden eigene Sachen verpfändet worden, worüber jedoch §. 79. I. 1, zu vergleichen ist, hier gedacht werden könnte; denn unmöglich hat doch die Nov. 4. auf sog. privative Intercessionen Bezug; vergl. Vangerow a. a. O. S. 147. Noch ist zu bemerken, dass die Meinung, eidliche Bestärkung der Int. schliesse diese Einrede aus, und dass sie bei Vormundschaftsbürgen wegfallen, ohne Grund ist.

Bürgen eine Frist zu setzen, um den Hauptschuldner zur Aufnahme des Prozesses zu sistiren, nach deren fruchtlosem Ablauf der Bürge ohne Weiteres verklagt werden, und dann nur die Abtretung der Klagen gegen den Hauptschuldner vom Gläubiger verlangen kann[50a]. Zahlungsunfähigkeit des Hauptschuldners ist schon dann anzunehmen, wenn die Schuld nicht mehr ganz gedeckt werden kann[51]; daher ist die Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Hauptschuldners ein Grund für die Gläubiger, sofort die Bürgen angreifen zu können[52]. Ist für den Bürgen von einem Dritten wiederum Bürgschaft bestellt worden, so kommen analog dieselben Bestimmungen bezüglich dieses Afterbürgen zur Anwendung[52a]. — Dieser Exception geht der Bürge verlustig, wenn derselbe bei der Einlassung auf die Klage die Verbürgung geleugnet hat und es bis zur Führung des Beweises hat kommen lassen[53]. Auch kann derselben mit Erfolg entsagt werden[54].

b, Wenn der Bürge es verlangt, ist der Gläubiger gehalten, demselben die ihm zuständige Klage gegen den Hauptschuldner und etwanige Mitbürgen abzutreten, und ersterer kann daher Veranlassung zu einer verzögerlichen Einrede (Beneficium cedendarum actionum) nehmen[55]. Der Bürge erlangt hierdurch den Vortheil, dass ihm alle Rechtsmittel zuständig werden, welche der Gläubiger wider die genannten Personen, um sie zur Zahlung zu nöthigen, würde haben anwenden können[56]. Die Abtretung muss vor oder bei der Zahlung an den Gläubiger ge-

50a Vergl. Girtanner a. a. O. S. 439 ff. Ders. S. 450 ff. will indessen hierin nur ein Beispiel der allgemeinen Regel sehen, dass das *benef. excuss.* überall wegfalle, wo die Ausklagung des Schuldners mit Schwierigkeiten verknüpft sei, — die ganz unerweislich ist.

51 Fr. 114. *d. V. S.*, s. auch Nov. 4. c. 1.

52 Die hierüber schwebende Kontroverse, wonach die Frage überhaupt theils einfach bejaht, theils einfach verneint wird, ist ausführlich behandelt von W. Sell in der Zeitschrift Bd. III. S. 243 ff., s. auch dort die Lit. Dieser selbst, dem Girtanner S. 447. beitritt, will einen Unterschied machen, je nachdem der Konkurs einer baldigen Beendigung entgegengehen werde, oder nicht, wofür natürlich keine überzeugende Gründe vorgebracht werden können. S. dagegen auch Chop im Archiv Bd. XV. S. 50 ff. und besonders 72. Ueber den im Text angenommenen Gesichtspunkt zur Erledigung der Frage s. Heimbach a. a. O. S. 390.

52a Vergl. Girtanner S. 326.

53 Diese Strafe des Leugnens ist nach Analogie der in Anwendung auf das *benef. competentiae* nach fr. 67. §. 3. *Pro socio* und der auf das *benef. division.* nach fr. 10. §. 1. *de Fidejuss.* von der Praxis auf das *benef. excussionis*, obwohl nicht ohne allen Widerspruch ausgedehnt worden, vergl. Glück Komm. Bd. VI. S. 184. und *Gottschalk Disceptat. forens.* T. I. c. 26.

54 In Nov. 136. c. 1. ist das zwar nur in Anwendung auf *argentarii* gesagt, indessen kein Grund vorhanden, dies für exklusiv zu halten; der Verzicht würde sich auch ohnedies von selbst als zulässig verstehen, da er nicht verboten ist; vergl. §. 91. Anm. 74. — Von diesem Verzicht wird auch die gebräuchliche Formel, wenn sich ein Bürge „als Selbstschuldner" zu haften verpflichtet, in der Regel zu verstehen sein, obwohl eine andere Auslegung nach Beschaffenheit des konkreten Falls nicht unmöglich ist; vergl. Girtanner a. a. O. S. 319 ff. (s. aber für diesen Fall noch §. 89. Anm. 47.) S. noch überhaupt dens. S. 434 ff.

55 Fr. 13. 17. *de Fidejussor.* c. 14. *ej. tit.* fr. 27. §. 5. fr. 28. *Mandati*, fr. 95. §. 10. *de Solution.*, vergl. Mühlenbruch Cess. S. 412 ff.; nach römischen Begriffen ist dies eine *exc. doli*, s. z. B. fr. 65. *de Evictiоn.*, da dieselbe nach fr. 41. §. 1. *de Fidejuss.* gegen die *judicati a.* zulässig ist, so zählen Manche sie den sog. privilegirten Einreden bei. — Wer ohne Verpflichtung für einen Anderen zahlt, kann die Abtretung der Klagen nicht verlangen, s. fr. 65. *de Evict.* c. 5. *de Solut.*

56 Fr. 13. 41. §. 1. *de Fidejuss.*, fr. 76., fr. 95. §. 11. *de Solution.*, c. 14. 21. *de Fidejuss.*, es muss daher die Abtretung der Klagen nicht nur vollständig geschehen, c. 2. 11. 21. *eod.*, fr. 59. *ej. tit.*, sondern auch die der Pfandrechte und Privilegien, s. diese Stellen und fr. 45. §. 9. *de J. F.*, und c. 7. *de Privileg. fisci.*

schehen, nachher ist dies nur dann möglich, wenn sie ausbedungen war, indem sonst die Klagen und Rechte erloschen sein würden [57]. Auch dieser Einrede kann gültig entsagt werden, doch ist dies aus dem Verzicht auf die vorige allein nicht zu schliessen [58].

c) Haben sich Mehrere solidarisch verbürgt, so steht jedem einzelnen von ihnen, der auf das Ganze in Anspruch genommen wird, die den Solidarschuldnern überhaupt zukommende Einrede der Theilung der Klage nach den §. 89. (bei Anm. 47.) dargestellten Grundsätzen zu [59].

d) Wenn der Gläubiger durch seine Schuld vom Hauptschuldner keine Befriedigung mehr erlangen kann, z. B. derselbe die fällige Zahlung von ihm nicht eingefordert hat und letzterer zahlungsunfähig oder in Konkurs gerathen, oder der Gläubiger von dessen Konkursmasse ausgeschlossen worden ist, so kann der Bürge daher Grund zu einer Exception gegen den Gläubiger entnehmen; denn da der Bürge überhaupt nur für den Ausfall einsteht, den der Gläubiger beim Hauptschuldner erleidet, also m. a. W. für den Schaden, welchen dieser als Gläubiger dieses Schuldners erleidet, durch eigene Schuld entstandener Schaden aber nicht als ein solcher in rechtlicher Hinsicht und mit rechtlicher Wirksamkeit in Betracht kommt, so erledigt sich dadurch auch der Anspruch auf seinen Ersatz [60].

[57] Fr. 76. 95. §. 11. *de Solution.*, fr. 36. *de Fidejuss.* c. 14. *eod.* Vergl. Girtanner S. 97.

[58] S. Mühlenbruch a. a. O. S. 413.

[59] Vergl. das. Anm. [35]. Nach der dort entwickelten Ansicht verhält es sich gegenwärtig mit dieser Einrede für mehrere Bürgen folgendergestalt. Ursprünglich und eigentlich ist das *auxilium divisionis* im älteren Recht für mehrere Mitbürgen (Konstituenten und Mandatoren mitbegriffen, s. c. 3. *de Pecunia const.* und vergl. noch die z. A. der cit. Anmerk. gen. Stellen fr. 1. §. 11. *de Tutelae etc.*) allein begründet. Während nun Nov. 4. c. 1. für den Fall der einfachen Verbürgung das neue *beneficium ordinis s. excussionis* einführte, war dabei der Fall, wenn mehrere gemeinschaftlich Schuldner werden und sich dabei gegenseitig verbürgen, nicht besonders erwähnt. Dies geschieht in Nov. 99. c. 1. In sofern dann, wenn hierbei die Kontrahirung der gemeinschaftlichen Schuld einfach geschah (d. h. nicht solidarisch), *omnes ex aequo* haften sollten, ist dabei, indem die Nov. 99. eine Erweiterung der Nov. 4. beabsichtigt, natürlich an das *benef. excussionis* rücksichtlich der Bürgschaftsschuld gedacht, und somit fasst dieses die Wirksamkeit des *benef. divisionis* für unseren Fall in der That schon in sich. Von dieser Seite her ist also das alte *benef. divisionis* allerdings nicht erweitert, denn es ist gar nicht berührt, und überhaupt kommt dieses nun nicht zur Sprache, s. oben S. 141. Anm. zweite Kolumne. Haben sich die Mehreren hingegen solidarisch verbürgt, so muss nach der Nov. nothwendig auch für diese das in jener enthaltene neue und erweiterte *benef. divisionis* als begründet anerkannt werden, weil das der Nov. entschieden zu Grunde liegende Princip (s. §. 89. Anm. [47]) die Mitbürgen, welche nicht zugleich auch *correi* der Hauptschuld sind, offenbar mit betrifft, und, ohne eine schreiende Inkonsequenz hervortreten zu lassen, nicht auf sie unangewendet bleiben kann. Ueber die Frage, ob der Gläubiger zum Nachtheil des Bürgen andere gleichzeitige Sicherheiten aufgeben dürfe, s. Knorr im Arch. Bd. 28. S. 167 ff. Sie ist m. E. allgemeinen Grundsätzen über die freie Ausübung der Rechte gemäs zu bejahen, und nur ein besonderes obligatorisches Verhältniss zum Bürgen kann Modifikationen begründen.

[60] Hierüber schwebt bekanntlich eine Kontroverse, s. *C. E. Thibaut de fidejussore ob credit. negligent.* Hdlbrg. 1829. p. 10 sqq. einerseits und Jäger in der Giesser Zeitschrift Bd. V. S. 231 ff. andererseits. Die vom ersteren aufgestellten Gründe müssen aber als überwiegend anerkannt werden, indem zwar vor Nov. 4. c. 1. dem Gläubiger völlig freistand, den Bürgen oder den Schuldner anzugreifen, s. Anm. [50], aber für den Fall der *fidejussio indemnitatis*, d. i. wenn der Bürge sich nur für den Schaden, welchen der Gläubiger erleiden sollte, verbürgt hat, nur dann, wenn er nicht an Erleidung des Schadens Schuld war, fr. 41. pr. *h. t.* seit der Nov. 4. c. 1. aber jede Bürgschaft als *f. indemnitatis* im ehemaligen Sinn erscheint — *secundum*

Wenn der Bürge fürchtet, durch Zögerung des Gläubigers, den Schuldner zur Zahlung anzuhalten, in Betreff seiner vorstehenden sog. Rechtswohlthaten gefährdet zu sein, so steht ihm frei, ihn zur Anstellung der Klage wider ersteren gerichtlich aufzufordern [61].

Sobald der Bürge für den Hauptschuldner an den Gläubiger die fällige Leistung erfüllt hat [62], wird für ihn, indem nicht nur wirkliche Aufforderung und Ersuchen zur Bürgschaftsleistung hier den Begriff des Mandats herstellt, sondern schon das blosse Geschehenlassen, sobald es nur nicht gegen des Schuldners erklärten Willen geschieht, oder der Bürge die Absicht zu schenken gehabt hat, nach den Grundsätzen vom Mandat ein Anspruch auf vollen Ersatz begründet [63], soweit nicht der Bürge den Gegenstand seiner Leistung durch eigene Schuld vergrössert hat [64]; wäre ein solches nicht anzunehmen, hätte also namentlich Jemand ohne Wissen des Schuldners sich für diesen verbürgt, was sehr wohl möglich ist [65], so würde der Anspruch nach den Grundsätzen der auftragslosen Geschäftsführung zu beurtheilen sein [66]. Hat er mit Widerspruch des Schuldners sich für diesen verbürgt, so kann er sich nur dadurch Deckung verschaffen, dass er vom Gläubiger bei der Zahlung die Abtretung der diesem zuständigen Klagen verlangt [67]. Hat er sich vom Gläubiger die diesem wider den Schuldner oder Mitbürgen zuständigen Klagen abtreten lassen, so tritt er dadurch an dessen Stelle ein, bezüglich vollständiger Entschädigung jedoch nur gegen den Schuldner, und natürlich nur bis zum Umfang seines Verlags für ihn; von seinen Mitbürgen aber kann er nur zu deren Antheilen Ersatz fordern, d. h. soweit er für dieselben Zahlung geleistet hat, indem er rücksichtlich seines eigenen Antheils seinen Mitbürgen gegenüber als Selbstschuldner erscheint [68]. Ist dem Bürgen durch Verbürgung eines Dritten, des sog. Rückbürgen, Sicherheit bestellt worden, so kann er an diesen seinen Regress nehmen [69]. Hat der Hauptschuldner die vom Bürgen schon früher bezahlte Schuld, ohne davon unterrichtet worden zu sein, nochmals bezahlt, so kann der letztere, wenn dies an ihm gelegen,

quod ab eo non potuerit recipere. Unter diesen Begriff der eigenen Verschuldung tritt auch die fernere Fristerstreckung von Seiten des Gläubigers, wenn der Schuldner, für den sich Jemand verbürgt hat, zu einem bestimmten Termin zahlen sollte, und seitdem erst unter solchen Umständen zahlungsunfähig geworden ist, welche sich voraussehen liessen; entgegengesetzten Falls ist die Prorogation ohne Einfluss auf die Verpflichtung des Bürgen; vergl. Vangerow a. a. O. S. 145.

61 Es existirt hier eine eigenthümliche Provokationsprozessart, gen. *ex Lege Si contendat* (fr. 28. *de Fidejuss.*), vergl. Martin Magazin f. d. bürg. Prozess, Bd. I. Nr. 7., das Weitere hierüber gehört in den Prozess. Vergl. noch Girtanner S. 330 f.

62 Vergl. oben bei Anm. 17 und ausser den dort gen. Stellen noch c. 10. *Mandati*, und Anm. 18. Ist die Zahlung vor der Fälligkeit erfolgt, so kann erst mit deren Eintritt der Regress genommen werden, fr. 31. *de Fidejuss.* fr. 51. *Mandati.*

63 Fr. 6. §. 2. fr. 18. *Mandati.* Die bei Bürgschaften zulässige Bestimmung eines Lohns dafür (fr. 6. §. 7. *Mandati*, fr. 19. §. 1. *de Donation.*) ändert an der Regressforderung nichts. (Ueber die von Manchen in fr. 6. §. 7. *d.* gefundene Ausschliessung des Regresses s. Mühlenbruch Cession §. 30. Anm. 268.

64 Fr. 29. §. 4. *eod.* fr. 79. pr. *de Judic.* fr. 82. §. 1. *de V. O.*

65 Fr. 30. *de Fidejuss.*

66 Fr. 6. §. 2. fr. 20. §. 1. *Mandati*, fr. 43. *de Negot. gest.*

67 Fr. 6. §. 2. fr. 40. *Mandati.*

68 Die Cession erfolgt m. a. W. nur soweit oder hat nur soweit Kraft, vergl. Mühlenbruch Cession S. 413. 377. Gegen die Mitbürgen ist die *cessio act.* um so wichtiger, als der einzelne, welcher das Ganze bezahlt, die übrigen auf Theile in Anspruch zu nehmen, aus dem blossen Mitbürgschaftsverhältniss keine Klage hat, s. fr. 39. *de Fidejuss.* c. 11. *eod.*, vergl. §. 89. Anm. 40.

69 Fr. 4. pr. *de Fidejussor.* vergl. Girtanner S. 327.

vom ersteren keinen Ersatz, sondern nur die Abtretung der demselben zuständigen Klage wegen Rückzahlung einer Nichtschuld fordern [70]; im umgekehrten Fall wird aber die Regressforderung nicht beeinträchtigt, da es Sache des Schuldners war, den Bürgen davon in Kenntniss zu setzen [71]. — Dass der Bürge, um den Regress nehmen zu können, sich habe ausklagen lassen müssen, ist nicht erforderlich, nur darf er freilich nicht gutwillig bezahlt haben, wenn ihm Zweifelsgründe und Exceptionen gegen die Schuld bekannt waren, und diese dann gehörig geltend zu machen nicht unterlassen haben [72]. Die ihm allein zuständigen, also nur die Bürgschaftsobligation betreffenden Exceptionen gehören nicht hierzu; diese kann er nach Belieben auf sich beruhen lassen [73]. Unter Umständen kann der Bürge, schon ehe es zur Zahlung seinerseits kommt, eine Befreiung von der Bürgschaftsschuld wider den Schuldner verlangen, nämlich wenn er durch eine begonnene Handlungsweise desselben gefährdet wird, namentlich wenn derselbe entweder die Zahlung der fälligen Schuld lange hinzögert, oder anfängt sein Vermögen zu verschleudern; hierüber steht die nähere Bestimmung dem richterlichen Ermessen zu [74]. Ist die Bürgschaft bei Gelegenheit einer fremden Vermögensverwaltung übernommen worden, so kann deren Abnahme ganz abgesehen von der Befriedigung als Anspruch aus der letzteren nach den darüber obwaltenden allgemeinen Grundsätzen gefordert werden [75]. — Hier im Besonderen endlich finden die Nr. II. a. E. gedachten Ausnahmen von der Verpflichtung zum Ersatz dessen, was der Intercedent geleistet, Anwendung.

3. Die letzte Form der kumulativen Intercession zur blossen Sicherung eines Gläubigers ist der Kreditauftrag (Mandatum qualificatum), s. oben §. 113. I. 3. a. E. Dieser ist rücksichtlich seiner Grundlage ganz nach den Regeln vom Mandat zu beurtheilen. Ob der, für welchen in dieser Weise intercedirt, d. h. in dessen Interesse der Auftrag ertheilt wird, dem Mandanten bereits etwas schuldig sei, oder es erst werden solle, ist einerlei [76]. Im Uebrigen, namentlich rücksichtlich der vorher unter Nr. 2. 3, a)—d) gedachten Exceptionen, soweit sich bei dem Kreditauftrag vermöge der thatsächlichen Gestaltung der Verhältnisse dazu die Möglichkeit

[70] Fr. 29. §. 3. *Mandati.*

[71] Fr. 29. §. 2. *eod.*

[72] Fr. 10. §. 11. 12. fr. 29. pr. §. 1. 2. *Mandati*, fr. 67. *de Fidejussor.*; der Schuldner muss den Bürgen davon unterrichten. Uebrigens entschuldigt die Unbekanntschaft damit nur, wenn in Folge Mandats gebürgt worden, ist hingegen dies nur auf *neg. gestio* zurückzuführen, so kommt es auf des Bürgen Kenntniss nicht an, sondern nur darauf, ob dergleichen Gründe zur Bestreitung der Schuld existirten, denn er hätte sich nicht in Sachen mischen sollen, die er nicht gehörig kannte. Zur gehörigen Geltendmachung ist auch der Gebrauch aller zuständigen Rechtsmittel zu rechnen, fr. 8. §. 8. *Mandati.* (Die hier wegen *paupertas* anerkannte Ausnahme ist nach den Grundsätzen vom Armenrecht zu beurtheilen.) c. 10. *ej. tit.*

[73] Fr. 10. §. 12. *Mandati*, fr. 29. §. 6. *eod.* fr. 31. *Ad S. V.*

[74] Fr. 38. §. 1. *Mandati*, c. 10. *ej. tit.* Die im ersten Fall versteht Donell. (*Comm.* XIII. 3, §. 8.) willkührlich von 10 Jahren; es ist dies dem richterlichen Ermessen überlassen, s. übr. Anm. 55.

[75] Fr. 45. §. 2. *Mandati*, fr. 6. *Contrar. tut.*

[76] Fr. 12. §. 14. *Mandati*; vergl. noch fr. 2. §. 2. und fr. 48. §. 2. *eod.* und dazu Sintenis a. a. O. S. 83.[3]. Keine Intercession liegt in dem Auftrag, mir ein Gut zu kaufen, fr. 8. §. 6. fr. 45. pr. *eod.*, oder dem Titius, fr. 2. §. 2. fr. 6. §. 4. *eod.*, oder *ut pro me fidejubeas*, fr. 22. pr. *eod.*, s. noch fr. 32. *eod.* Das Mandat hingegen, welches eine Handlung mandirt, die an sich schon eine Intercession ist, ist natürlich selbst eine solche, fr. 53. pr. *Mandati*, fr. 16. §. 1. fr. 30. §. 1. fr. 32. §. 3. *eod.* Hat der Gläubiger von der beabsichtigten Int. nichts gewusst, so kann er dem Mandatar, welcher ihm mit einer von der Int. hergenommenen Einrede entgegentritt, die *replica doli* opponiren.

darbietet, und des Regresses an Den, für welchen er ertheilt ward, sowie mehrerer Mandatoren wird der Kreditauftrag ganz analog der Verbürgung behandelt [77]. Eine eigenthümlich strenge Folge der durch Mandat eingegangenen Intercession und der durch diese definitiv festgestellten Verhältnisse ist die, dass der Mandirende den Mandatar auch dann zu entschädigen verpflichtet ist, wenn dieser den Gläubiger durch Delegation eines Schuldners befriedigt hat, der sich nachher als zahlungsunfähig ausgewiesen hat, denn es ist dadurch doch eine Befreiung des Deleganten eingetreten, sobald der Gläubiger dessen Forderung sich überweisen liess [78].

IV. Rücksichtlich der Fähigkeit zu intercediren, und der Wirksamkeit eingegangener Intercessionen gelten für das weibliche Geschlecht eigenthümliche Bestimmungen. Es sind dabei zu unterscheiden die Intercessionen der Frauen überhaupt, und die der Ehefrauen für ihre Ehemänner.

A. Frauen sind im Allgemeinen unfähig, dergestalt zu intercediren, dass sie überhaupt oder beziehungsweise fest und unwiderruflich dadurch gebunden werden. Das Recht bezweckt nämlich [78a], die Frauen vor einem Schaden zu hüten, dessen Eintritt bei Eingehung des Geschäfts meist nicht feststeht, und somit dieses um so ungefährlicher erscheinen lässt, je häufiger darin nur die Gewährung einer Gefälligkeit enthalten zu sein scheint. Zu dem Ende ist bestimmt worden, wenn über die Intercession einer Frau nicht ein schriftlicher Aufsatz mit öffentlicher Beglaubigung aufgenommen worden ist, so ist sie (bis auf die nachher zu erwähnenden Ausnahmen) völlig ungültig und durchaus wirkungslos, und eine Klage daraus gar nicht zulässig; ist aber eine solche Urkunde errichtet worden, so steht es noch in dem Belieben der Frauen, wenn es ihnen nachmals leid wird, der Obligation mit der Exception eines ihnen in dieser Beziehung zuständigen Vorrechts (*exceptio Senatus-*

[77] Vergl. Anm. [50]; die allgemeine Gleichstellung beweist auch die Titelüberschrift in den Pandekten und im Codex: *de Fidejussor. et Mandatoribus*; vergl. noch §. 113.[17]. Nur findet hier die bei Anm. [57] gedachte Beschränkung nicht Statt, indem die Zahlung des *mandator* den *reus* nicht *ipso jure* befreit, fr. 28. *Mandati.* Rücksichtlich des Regresses erscheint das *pati ab alio mandari ut sibi credatur*, selbst als *mandare*, fr. 18. *Mandati.* Vergl. Helmolt von den Korr.-Obl. S. 97 ff.

[78] Fr. 26. §. 2. *Mandati.*

[78a] Zweck und Absicht, die bei Abfassung des *Sct. Vellej.* vorgewaltet haben mögen, sind verschieden aufgefasst und dargestellt worden, indem, was dieses selbst darüber angiebt, (fr. 1. §. 1. u. fr. 2. §. 1. 2. *h. t. cum eas virilibus officiis fungi etc. non sit aequum,*) nicht genügend erscheint und mehrerlei vermengt. Dies würde, an sich von untergeordneter Bedeutung, unerwähnt geblieben sein, wären nicht jene Begriffe mit dem eines Princips für das Sct. neuerlich identifizirt worden, nach welchem sich die Fälle seiner Anwendung wie seines Wegfalls consequent ergeben sollen; s. Windscheid im Archiv Bd. XXXII. S. 283 ff. und 310 ff. und Girtanner a. a. O. S. 335. Der gleichzeitig erhobenen Polemik wider die von Anderen aufgestellten „Principien" fehlt es daher an einem Objekt. Ob sich ein solches Princip wird ermitteln und befriedigend formuliren lassen, muss dahingestellt bleiben. Das von Windscheid vermeintlich entdeckte: „Schutz der Frau, die eine Verpflichtung in fremdem Interesse und in der Erwartung übernommen habe, dass nicht sie dasselbe werde zu erfüllen brauchen, sondern der eigentliche Schuldner sie erfüllen werde", — ist so schwach begründet, dass es, bei der dem Verf. selbst nicht verborgen gebliebenen Handgreiflichkeit seiner Suppositionen (z. B. S. 291. 301.), befremden muss, wie er, sich bewusst „damit aller bisherigen Theorie entgegen zu treten," sich über diese Bedenklichkeiten hinwegzusetzen vermogt hat. Die natürliche Folge davon ist, dass sich mit dem angeblichen Princip auch gar nichts anfangen lässt, und der Verf. schliesslich (S. 319 ff.) erklärt, dass er mehrere Stellen selbst nicht damit zu vereinigen wisse (fr. 17. 23. 36. *h. t.*) — Wenn kürzlich H. Hasenbalg Beitr. z. Lehre v. d. Interc. 1. Bd. (Gött. 1856.) Nr. I. die Windscheid'sche Ansicht noch vollständiger zu begründen versucht hat, so ist dies m. E. um nichts überzeugender geschehen.

consulti Vellejani s. intercessionis) entgegenzutreten, wodurch dieselbe völlig zerstört wird [79]. Dieses Privilegium äussert auch auf die mittelbar durch die Wirkungslosigkeit der Intercession berührten Verhältnisse Einfluss, und steht nicht nur den Frauen selbst zu, sondern auch den für deren Intercession eingetretenen Inter-

[79] Das praktische Recht hierüber ist in c. 23. *Ad Sct. Vellejan.* enthalten, wodurch das frühere tief eingreifende Aenderungen erlitt; die Urkunde soll eine öffentliche und von drei Zeugen unterschriebene sein. Wenn nämlich zwar im letzteren auch Stellen vorkommen, welche eigentliche Unfähigkeit der Frau und Nullität der Obl. auszusprechen scheinen, — s. z. B. fr. 1. pr. §. 1. fr. 8. pr. §. 1. fr. 8. §. 9. 12. *Ad S. V.* — so ist es doch nach vielen anderen gar nicht zweifelhaft, dass das Privilegium durch *exceptio*, gen. *Scti* oder *intercessionis*, geltend zu machen war, die Obl. also *ipso jure* bestand, s. z. B. fr. 7. §. 1. *de Except.* fr. 13. 18. 21. §. 1. fr. 23. 24. §. 2. fr. 25. §. 1. fr. 32. §. 2. *Ad S. V.* c. 22. *ej. tit.*, wodurch denn eben *tota obl.* aufgehoben wurde, fr. 16. §. 1. *eod.;* s. Sintenis in Sell's Jahrb. Bd. II. S. 345 ff., sowie über den Einfluss der c. 23. *d.* S. 364 ff. Ueber die c. 23. *d.* und deren Einfluss sind sehr verschiedene Meinungen ausgesprochen worden, namentlich in Bezug auf die danach noch Statt findenden Ausnahmen; s. Anm. [88]. Die Annahme Einiger, es sei durch sie eine vollständige Umgestaltung aller Verhältnisse dahin eingetreten, dass die Intercess. der Frauen, welche in der vorgeschriebenen Form errichtet worden, vollkommen wirksam seien, also die *exc. Scti* wegfalle, ist nicht haltbar, s. darüber Sintenis a. a. O. S. 366. In der Hauptsache muss nach m. E. gemäs dem §. 2. der Konst. in der Regel jede Int., welcher diese Form fehlt, *ipso jure* als wirkungslos betrachtet werden, so dass es auf die Vorschützung der *exc. intercessionis* gar nicht ankommt. Die Urkunde selbst muss ein *doc. publicum*, oder *quasi publ.* nach heutigen Begriffen sein. Danach muss also jede offen auf eine Int. ohne diese Form gestützte Klage als grundlos zurückgewiesen werden. Ist aber die Form beobachtet, so ist nunmehr erst die Int. wieder in der Lage, wie die einfache mündliche Int. vor der c. 23. *d.* (*v. et sic omnia tractari etc.*) und also die *exc. interc.* zulässig. Der Widerspruch, dass das pr. der c. 23. am Ende das *auxilium*, welches sich dem Zusammenhang zufolge nur als *Scti* verstehen lässt, unter Umständen für wirksam anführt, wo Nullität der Int. eintreten muss, wird der mangelhaften Fassung der Konst. zuzuschreiben sein. S. dens. S. 371 ff. Dadurch, dass ich, dem Zweck des Buchs gemäs, im Text das praktische Recht ausschliesslich darstelle, tritt in dieser Lehre das Geschichtliche hier in den Hintergrund, während in anderen Büchern, auch in der Dogmatik derselben, die geschichtliche Darstellung vorherrscht. Wegen der Ausnahmen, wobei noch besonderer Streit ist, s. Anm. [88]. — Ueber die Verbindung der beiden Maasregeln s. Sintenis a. a. O. S. 355. — Neuerlich ist im Archiv f. prakt. R.-W. Bd. II. S. 69 ff. (Marb. u. Lpzg. 1854) von Fuhr wieder behauptet worden, dass die Int. der Frauen schon nach dem *Sct. Vellejan.* und also dem Pandektenrecht „von Anfang an ungültig und nichtig seien; sie gelten als gar nicht geschehen, so dass die Klageformel von Amtswegen vom Prätor habe verweigert werden müssen." Als direkter Beweis sind die obgedachten Stellen und ähnliche genannt, worin die Nullität der Obl. ausgesprochen zu sein scheint; über diese habe ich dem, was ich a. a. O. S. 345 ff. darüber gesagt, nichts hinzuzufügen. Die sämmtlichen für die diesseitige Ansicht sprechenden Stellen, in denen die *exceptio Scti* genannt, und des Schutzmittels, welches das Sct. gab, überhaupt so, wie jeder wahren, eigentlichen *exceptio* gedacht ist, sucht dann Fuhr S. 73 f. dadurch zu beseitigen, „dass in allen den Fällen, wo jene *exc.* vorkommt, die gegen die Frau erhobene Klage sich gar nicht als aus einer Interc. herstammend ankündige, sondern letztere von jener erst zur Sprache gebracht werde." Allein s. nur z. B. fr. 25. §. 1. *h. t.*, wo die *exc. Scti* gegen die Klage *ex fidejussione* gegen die Frau vorkommt, und übrigens meine gen. Schrift S. 347 ff. Zur indirekten Unterstützung seiner Meinung beruft sich Fuhr demnächst auf die damit zusammenhängenden vermeintlichen Konsequenzen, „dass, wenn sich die Frau mit einem Anderen zusammen verbürgt (oder die Oblig. eines Dritten übernommen) habe, der Mitbürge sofort auf das Ganze, (oder die Frau doch nur auf die Hälfte,) der befreit werden sollende Schuldner aber sofort auf die alte Schuld belangt werden könne," und zwar unter Verweisung auf 1, fr. 48. pr. *de Fidejuss.* 2, fr. 17. §. 2. *h. t.* 3, fr. 8. §. 7 — 9. fr. 13. §. 2. fr. 14. 24. §. 3. *h. t.* und 4, c. 23. §. 2. *h. t.*

cedenten[80], und denen, welchen erstere zum Intercediren Auftrag ertheilt haben[81]. Hat die Frau selbst bereits, ohne ihr Vorrecht zu kennen, den Gegenstand der Schuld bezahlt, so kann sie ihn als Nichtschuld zurückfordern[82], hat sie zu dem Ende eine Sache an den Gläubiger veräussert, damit er dadurch gedeckt werde, oder hat dieser eine von ihr verpfändete Sache erhalten oder veräussert, so kann sie diese Sachen von ihm wie von denen, an welche er sie veräussert und von jedem Besitzer, sammt Zubehör, mit der Eigenthumsklage zurückfordern und für Verschlechterung derselben Ersatz fordern, und der Einrede der geschehenen Veräusserung überall mit der Replik auf ihr Vorrecht begegnen[83]; hat sie einen Schuldner delegirt, so kann sie die Auflösung des neuen und die Wiederherstellung des alten Verhältnisses fordern[84]. Auch kann wegen der Wirkungslosigkeit der Intercession der Gläubiger, welcher auf deren Grund Befriedigung von der Frau unter solchen Umständen erhalten hat, wo sie ihm nach dem Vorstehenden wieder ent-

Auch dies beruht auf Misverständnissen, denn, wenn in der ersten Stelle die Verbürgung nicht *in solidum* von Anfang an geschehen wäre, könnte natürlich der Mitbürge nicht *in solidum* haften; s. c. 8. *h. t.* und vergl. Glück Bd. XIV. S. 471. Die zweite Stelle bezieht sich auf den eingeklammerten Fall, der nicht hier zu nennen gewesen wäre, und erklärt sich aus sich selbst (vergl. Anm.[90]). Die unter 3, zusammengegriffenen Stellen sagen aber nicht, dass die Klage sofort zuständig sei, m. a. W. gar keine Veränderung vorgehe, sondern sprechen ja umgekehrt von einem *restitui*, und einer *restitutoria actio;* (s. nachher Anm.[86]), vergl. dazu fr. 10. *h. t.* und Glück a. a. O. S. 469 f. und die daselbst Anm.[89] Gen. Uebrigens ist unbedenklich anzunehmen, dass hierzu nicht die vorherige Zurückweisung auf Grund der *exc. Scti*, also die Durchführung eines voraussichtlich fruchtlosen Prozesses als erforderlich zu betrachten sei, sondern vielmehr, bei der sicheren Voraussicht des Ausgangs eines solchen gegen die Frau, die Restitution auch schon vorher gesucht werden könne, s. z. B. fr. 32. §. 4. *h. t.* und meine Erklärung dieser Stelle nach Averanius a. a. O. S. 361 ff. Die Stelle unter Nr. 4, endlich gehört der Konst. an, wodurch Justinian eine wesentliche Aenderung bezüglich der Int. der Frauen einführte, s. diese Anm. weiter oben. Auch über diese hat zwar Fuhr eine eigenthümliche Ansicht, nämlich: „dass die nach dem bisherigen Recht ausnahmsweise vom *Sct. Vell.* befreiten Interc. fernerhin nur unter Beachtung der schriftlichen Form gelten sollten.“ (S. Anm.[88] und nachher a. 1, ff.) Dass Justin. in c. 23. den Schutz der Frauen gegen Int. nicht habe verringern wollen, was Fuhr lebhaft urgirt, ist freilich ganz richtig, und wenn Ein Schriftsteller gemeint, und dafür Einen Anhänger gewonnen hat, dass danach Int. in dieser Form nun ohne Weiteres gültig seien, so ist dies von Vangerow S. 161., (den Fuhr S. 85. in einer Verbindung nennt, dass man gar denken könnte, er gehöre dazu, wobei er auch irrig der gemeinen Meinung die Annahme einer „Verringerung des Schutzes“ beimisst,) mit Recht als ein keiner Widerlegung bedürftiger Einfall bezeichnet worden. Die unbestimmte Fassung der c. 23. *d.* lässt freilich verschiedenartigen Ansichten Raum; allein die Fuhr'sche scheint mir auch nicht die geringste überzeugende Kraft für sich zu haben; und dasselbe darf von der ganzen Abhandlung gesagt werden. — Beiläufig bemerke ich noch, dass Vangerow, der meine cit. Abhandl. in den Sell'schen Jahrb. nicht gekannt zu haben scheint, ganz dieselben Resultate über die hier in Rede stehenden Punkte vertheidigt, und Girtanner a. a. O. S. 364. ihr ausdrücklich beitritt.

[80] Fr. 8. §. 4. fr. 16. §. 1. (*etiamsi mandati actionem adversus mulierem non habeat*) c. 14. 15. *Ad S. V.*

[81] Fr. 8. §. 4—6. fr. 32. §. 3. *eod.*, wusste der Gläubiger jedoch nicht um die Int., so haftet diesem der dritte Intercedent, welcher sich dann nicht an seine Mandantin halten kann, s. das.

[82] C. 9. *Ad Sct. Vellej.* fr. 40. pr. *de Cond. indeb.;* den Intercedenten der Frau kommt hier die Rechtsunkunde ausnahmsweise zu Statten, vergl. Sintenis a. a. O. S. 360 f., indem die Frau sonst dem Regress derselben ausgesetzt bliebe, s. dens. Anm. [25].

[83] Fr. 32. §. 1. 2. *eod.* fr. 39. §. 1. fr. 40. *de R. V.*

[84] Fr. 8. §. 3. *Ad S. V.*

zogen werden kann, ungehemmt dadurch seinen früheren Schuldner angreifen[85]. Sind durch Intercessionen bestehende Verhältnisse gelöst worden, so werden diese, wenn die ersteren sich vermöge dieser Schutzmittel als wirkungslos zeigen, wiederhergestellt, d. h. der Gläubiger erhält die durch die ungültige Intercession verlorene Klage von selbst wieder restituirt[86]; ist dadurch aber nicht ein bestehendes Verhältniss gelöst, sondern ein solches mit einem Anderen nicht entstanden, weil die Frau dasselbe für ihn auf sich nahm (s. oben Nr. A. b.), so tritt dieses nun wider jenen dennoch ein[87].

Diese Bestimmungen werden nach zwei Seiten hin durch Ausnahmen eingeschränkt[88]. Ist nämlich:

[85] Fr. 8. §. 10. *eod.*, dort auch über den umgekehrten Fall.

[86] Fr. 8. §. 2. 7—13. 15. fr. 9. 10. 14. *eod.* (*non solum in veterem debitorem, sed et in fidejussores*). Vergl. Anm. [79] a. E.

[87] Fr. 8. §. 14. *eod.*

[88] Seit den Glossatoren, unter welchen sich Bulgarus und Martinus einander gegenüberstehen, herrscht grosse Meinungsverschiedenheit über den Einfluss der c. 23. *eod.* (s. Anm. [79]) auf die nach dem früheren Recht bestandenen Ausnahmefälle. Der Erstere nahm an, dass diese auch noch nach dem neueren R. gelten, also neben der c. 23. *d.* bestehend geblieben seien; der letztere, dass, wenn die in dieser vorgeschriebene Form bei einer Int. nicht beobachtet worden, letztere einzig in dem in der Konst. selbst vorgeschriebenen Fall, wenn die Frau etwas für ihren Eintritt als Lohn empfangen, noch gültig sei, dass dagegen, wenn die Form angewendet worden, die *exc. intercessionis* in den früheren Ausnahmefällen durch Replik elidirt werden könne. Die erstere Ansicht war die früher herrschende, vergl. die Lit. bei Glück Komm. Bd. XV. S. 26 ff., Vangerow a. a. O. S. 160., nur wenige Neuere hängen ihr noch an; die zweite ist gegenwärtig die herrschende, namentlich in allen Pandektenlehrb., s. die bei dems. S. 161. Gen., und mit Recht hat man sich ihr zugewendet, indessen doch mit mehreren Modifikationen, s. die bei Sintenis a. a. O. S. 367. [40] Aufgeführten. Es ist dabei zuzugeben, dass, wie gewöhnlich bei blossen neuen Formvorschriften, während bisher Verhältnisse davon unabhängig anerkannt wurden, manche scheinbare Anomalien und Sonderbarkeiten entstehen, indem jeder materielle Grund durch den Mangel der Form aufgewogen wird. Berücksichtigt man aber dies, so ist der Sinn der c. 23. *d.* offenbar einfach der: dass die in der darin vorgeschriebenen Form vorgenommene Int. von nun an ganz an die Stelle der früheren formlosen treten soll, mithin gegen sie auch die *exc. intercessionis* Statt finde, nicht weniger aber wie in den schon bisher bestandenen Ausnahmefällen auch nunmehr eine *replica* anzuerkennen sei, — dass dagegen die formlose Int. in dem einzigen im Anfang der Stelle gen. Fall noch wirksam sein solle. Um nun hiermit aber nicht fehl zu greifen, ist nicht zu übersehen, einmal, dass durch die c. 23. *d.* übrigens nichts im Begriff der Int. und was dazu *in concreto* gehört, geändert worden ist, ferner, dass in denselben Fällen, auf welche schon früher das Sct. darum nicht anwendbar war, weil in der That kein *obligare pro aliis* (s. §. 2. *eod.*) Statt fand, mithin weder *exc.* daher möglich, noch *replica* dagegen nöthig war, auch nach c. 23. *d.* eine formlose Int., d. i. hier ein Geschäft, welches in dieser Gestalt und durch dieses Mittel ein eigenes Interesse der Frau betrifft, vollständige Wirksamkeit äussert, und durch die c. 23. *d.* gar nicht getroffen wird. (Vergl. oben Nr. I. a. E.) Endlich, dass, in sofern der Anspruch wider die Frau gar nicht eigentlich auf die Int. gestützt wird, sondern auf einen anderen obligatorischen Grund, wäre auch das Faktum der Int. geschehen, die c. 23. *d.* natürlich auch nicht zur Anwendung kommen kann. Streng genommen kann man hier nun eigentlich nicht überall von Ausnahmen von der Regel sprechen, so namentlich nicht in Fällen der letzteren Art, s. fr. 2. §. 3. fr. 23. *eod.* c. 5. 18. *eod.* (doch kommt in der letzten Stelle eine *replica doli* gegen *exc. Sctí* vor, wobei der in Anm. [7] berührte Punkt nicht ohne Einfluss ist), ferner fr. 95. §. 2. *de Solution.* (Beerbung des Schuldners, für den die Frau gebürgt) und das Uebrige folgt eigentlich aus der organischen Natur der Int. Indessen ist es in dieser Lehre, in welcher leicht einer der manchen feinen neben einander laufenden Fäden im Augenblick übersehen wird, gewiss räthlich, durch ausdrückliches

a. die für die Intercessionen der Frauen vorgeschriebene Form nicht beobachtet, so gelten diese dennoch, und zwar dergestalt, dass dawider auch kein exceptivisches Berufen auf das obgedachte Vorrecht zulässig ist:

1, wenn sie durch die Erfüllung der übernommenen Verbindlichkeit keine Vermögenseinbusse haben, also entweder sie volle Deckung dafür empfangen, oder der Gegenstand der Obligation, für welche sie intercedirten, in ihren Nutzen verwendet worden [89], oder wenn sie sonst durch die Intercession ihr eigenes Geschäft besorgt und ihr Interesse wahrgenommen haben [90].

2, Wenn die Frau in der Absicht intercedirt hat, dem, für welchen es geschieht, damit ein Geschenk zu machen, also, wenn sie dabei von Anfang an auf einen Entschädigungsanspruch für den Fall, dass sie vom Gläubiger zur Zahlung angehalten wird, verzichtet [91].

3, Wenn die Frau dafür, dass sie intercedirt, etwas zum Lohn empfangen hat, ohne dass dieser übrigens, wenn es darauf ankäme, zur Schadloshaltung für sie hinzureichen braucht [92]. Wäre über die Intercession eine formrichtige Urkunde aufgesetzt und darin der Empfang bekannt worden, so soll dies schlechterdings als wahr gelten, und ein Berufen dawider auf das Vorrecht der Frauen gar nicht Statt finden.

4, Wenn die Intercession eidlich beschränkt worden ist, s. §. 99. I. 4).

5, Endlich ist die formlose Intercession derjenigen Frauen vollgültig, welche einem öffentlichen Handels- oder Gewerbsgeschäft vorstehen, bezüglich dieses Geschäfts [93].

Hervorheben des Einzelnen möglichst deutlich und bestimmt zu sein, und dies wohl einmal auf Kosten der methodischen Konsequenz. S. noch die ff. Anmm.

89 Fr. 16. pr. 21., pr. 22. *eod.*

90 S. Anm. 8 bis 10, ferner fr. 3. 17. §. 2. fr. 19. §. 3. fr. 25. §. 1. *eod.* c. 26. pr. *eod.* Vergl. Girtanner a. a. O. S. 337.

91 Fr. 4. §. 1. fr. 21. §. 1. *eod.* cf. fr. 8. §. 5. *eod.* Vergl. *Windscheid de intercess. mulier.* p. 15 ff. und Vangerow a. a. O. S. 152 f.

92 C. 23. pr. *ej. tit.* (nach §. 1. *eod.* soll auch der, für welchen eine zahlungsunfähige Frau eingetreten ist, das nachzahlen müssen, was von dieser nicht zu erlangen ist!) Vangerow a. a. O. S. 151. fasst diese Ausnahme als eine Konsequenz der Bestimmung auf, dass eigenes Interesse der Int. hier ihre rücksichtlich der Frauen gelähmte Kraft wiederverleihe, indem sie ja dabei ihr eigenes Interesse vor Augen habe, sobald sie sich durch die Gabe bestimmen lasse. Ich muss jedoch bekennen, dass mir dies gekünstelt und nicht richtig scheint. Soweit eigenes Interesse für die Gültigkeit der Int. der Frauen bedeutsam wird, ist diese allemal selbst Zweck, hier aber wäre sie nur ein Mittel, um den Lohn zu erlangen. Der Satz, dass die im eigenen Interesse geschehene Int. der Frauen gültig sei, hat also einen anderen Sinn, als dass unser Fall sich darunter begreifen liesse. Ich betrachte ihn als eine ganz besondere Ausnahme, wie er ja auch deutlich von Justinian selbst charakterisirt wird, und über welche, wie er sagt, viele Streitigkeiten vorhanden gewesen sind, eine Ausnahme, welche übrigens den Zweck des Gesetzgebers in hohem Grad gefährdet, und bei deren Aufstellung er sich ganz von dem Standpunkt entfernt, den er zum Besten der Frauen bei Beurtheilung der Gültigkeit der von ihnen eingegangenen Int. sonst eingenommen hat. — Darüber nun, wieviel der Interc. wegen gegeben worden sein müsse, ist von Manchen behauptet worden, dass es zu einer vollständigen Entschädigung hinreichen, von Anderen, dass die Summe der Gefahr angemessen sein müsse, vergl. Glück a. a. O. S. 29 ff. und die dort Gen. Hält man sich strenge an die Worte des Gesetzes: *aliquid accipiens*, so scheint freilich die Summe oder der Werth des Empfangenen ganz gleichgültig zu sein; macht nun das Gesetz keinen weiteren Unterschied (es setzt *pecunias vel res* als empfangen voraus), so fühle ich mich um so weniger dazu geneigt, als eine Unterscheidung hier neue Verlegenheiten bereitet, die nur durch Willkühr zu lösen wären. Vergl. auch *Windscheid l. l.* p. 13. sqq. und Girtanner a. a. O. S. 336.

93 S. Glück a. a. O. S. 33 ff. und die dort Gen., Thöl Handelsr. §. 50., Puchta §. 408. 10;

b. Das wider formrichtige Intercessionen der Frauen in deren Willkühr gestellte exceptivische Geltendmachen einer Unverbindlichkeit (die *exceptio intercessionis* oder *Scti Vellejani*) ist in folgenden Fällen ausgeschlossen:

1, wenn die Frau den Schuldner, für welchen sie intercedirte, beerbt hat[94].

2, Wenn der Gläubiger minderjährig war, und durch die Wirkungslosigkeit in sofern Schaden leiden würde, als sich Zahlungsunfähigkeit des Schuldners herausstellt[95].

3, Wenn die Intercession das Versprechen der Bestellung eines Heirathsguts betrifft[96].

4, Wenn die Frau nach Verlauf zweier Jahre von Zeit der Intercession an durch eine Wiederholung derselben, oder nur durch eine neue Aeusserung in Bezug darauf, welche ihren konstanten Willen in verschiedener Gestalt an den Tag legt, dieselbe bestätigt hat, vorausgesetzt, dass die Frau alsdann volljährig ist, so haftet sie von nun an unwiderruflich[97].

unter „öffentlich" ist hier zu verstehen, dass der Frau öffentliche, resp. polizeiliche Erlaubniss ertheilt sei, das Geschäft zu treiben, womit denn freilich die Befugniss nothwendig verbunden zu denken ist, dass dieselbe zu allen dahin einschlagenden Rechtsgeschäften autorisirt sei. Auch Int. regierender Fürstinnen, die sie in ihrer Eigenschaft als Regentinnen schliessen, sind für vollgültig zu erachten, s. Glück a. a. O. Vergl. jetzt auch Girtanner S. 351. 357.

94 Fr. 8. §. 13. *Ad Sct. Vellej.* fr. 95. §. 2. in f. *de Solut.*

95 Fr. 12. *de Minor.* Girtanner a. a. O. S. 346. lässt hier die *exc.* zu, so lange noch solvente Mitbürgen der Ehefrau vorhanden sind, oder der Vormund noch nicht ausgeklagt ist. Dagegen gesteht er dieses Vorrecht denen, die sonst *jura minorum* haben, nicht zu.

96 C. 12. 24. *h. t.*, vergl. hierzu Glück a. a. O. S. 24 ff. auch über mancherlei willkührliche Ausdehnungen und Girtanner S. 346 f. Bezüglich dieser Ausnahme hat man geglaubt, da sie nach c. 23. *eod.* noch festgesetzt worden, so finde sie auch im Fall nicht förmlicher Int. Statt, und dies haben selbst mehrere von denen vertheidigt, welche über den Einfluss der c. 23. *d.* auf das bis dahin bestandene Recht der richtigen Meinung beigetreten sind, aber ohne hinlänglichen Grund; sobald man einverstanden ist, dass nach der c. 23. förmliche Int. den früheren formlosen erst gleichgestellt worden sind, können die später noch begründeten Ausschliessungen der *exc. Scti Vellej.* natürlich nur als in Anwendung auf erstere gedacht angesehen werden. A. M. ist Girtanner a. a. O. S. 357.

97 Dies ist in c. 22. *Ad S. V.* angeordnet, womit Nov. 61. c. 1. zu vergleichen ist; vergl. darüber Sintenis a. a. O. S. 356 ff. Hierin liegt eigentlich eine Abweichung von dem ganzen dem *Sct. Vellej.* zu Grunde liegenden Princip. Als Motiv dazu ist anerkannt die vorauszusetzende sorgfältigere Ueberlegung der Sache und ihrer Folgen, *si quod saepius cogitare poterat et evitare non fecit, sed ultro firmavit.* Dem Sinn nach ist keine blosse wiederholte Zusage oder Anerkennung für genügend zu erachten, also auch nicht etwa Zinsenzahlung, denn darin würde nur eine solche stillschweigend enthalten sein, aber auch nicht gerade eine förmliche Wiederholung der Intercessionshandlung nöthig; es ist ein *secundum consensum dare* erfordert, und als Beispiel Bürgen- und Hypothekbestellung genannt, oder *alia rursus confessio scribenda.* Der Zusatz: *videtur enim ex hujusmodi temporis prolixitate non pro aliena obligatione se illigare, sed pro sua caussa aliquid agere*, ist mehr ein Vergleich, zur Versinnlichung, als eine ernstliche Auffassung des Sachverhältnisses. Die Wirksamkeit der Int. beginnt *ex secunda cautione (sese obnoxiam facit)*, so dass kein Rückbezug auf die Zeit der ersten einfachen Int. eintritt; dies ist wenigstens die gemeine Meinung, s. Glück a. a. O. S. 18. und die dort Gen., jetzt auch Girtanner S. 348. Glück selbst ist anderer Ansicht, allein seinen Gegengrund: da bis zur zweiten Int. die *exc. Scti* bestehe, so habe jene doch nur zur Folge, dass diese ausgeschlossen werde, — trifft die Replik, dass dies ja eben erst von nun an möglich sei. — Die c. 22. *d.* hebt noch ausdrücklich hervor, *si mulier perfectae aetatis constituta.* Manche verstehen dies so, dass sie schon bei der ersten Int. volljährig gewesen sein müsse, s. Glück a. a. O. S. 15. Allein *ex arg. e contrario* lässt sich vielmehr das Gegen-

5, Wenn die Frau auf ihre Rechtswohlthaten verzichtet hat. Hierbei ist, ausgenommen in dem Fall, wenn die Mutter oder Grossmutter die Vormundschaft für ihre Descendenten übernehmen, wo gerichtlich geschehener Verzicht genügt, bei den mannigfaltigen Zweifeln über die volle Wirksamkeit eines minder förmlichen Verzichts, in Ermangelung partikularrechtlicher Hebung derselben, zur Vermeidung von Nachtheilen für den Gläubiger, darauf zu halten, dass die grösstmöglichste Förmlichkeit dabei beobachtet werde, d. h. dass der Verzicht schriftlich und vor Gericht, nach vorgängiger ausführlicher Belehrung der Frau über den Inhalt ihrer Rechtswohlthaten und die Folgen ihres Verzichts und mit eidlicher Bestärkung geschehe. Nur wenn der Verzicht nach Ablauf zweier Jahre von der geschehenen Intercession an erfolgt, würde darin eine solche Handlung anzuerkennen sein, welche der unter der vorigen Zahl gestellten Klasse von Ausnahmen anheimfiele [98].

Es ist bisher unter dieser Abtheilung, in Erinnerung an den Satz unter Nr. I.

theil folgern. — Dass die Frau hierbei ihr *beneficium* kennen müsse, lässt sich nicht behaupten, s. Sintenis a. a. O. S. 358.

[98] Die Frage vom Verzicht ist in hohem Grad bestritten, s. die Lit. bei Glück a. a. O. S. 36 ff., s. ferner Cropp Abhandl. Bd. I. S. 153. 155. und besond. *Averanius Interpret. Lib. II.* c. 5. und die theoretische Darstellung und Behandlung des praktischen Rechts so gut wie unmöglich. Die Ansicht, dass nach R. R. Verzicht unzulässig gewesen sei, ist gegenwärtig die herrschende, s. die bei Vangerow a. a. O. S. 156. Gen. Dieser selbst erkennt an, dass, abgesehen von speziellen Gründen, die überwiegenden inneren Gründe für dieselbe sprechen; dennoch glaubt er, dass die entgegengesetzte Ansicht als die im R. R. wirklich anerkannte angesehen werden müsse. Ich habe schon früher a. a. O. S. 352 ff., 361 ff., indem ich die für die letztere Meinung gewöhnlich aufgestellt werdenden Gründe aus fr. 32. §. 4. *Ad Sct. Vell.* und einigen anderen Pandektenstellen zu widerlegen suchte, die Ansicht vertheidigt (S. 354 ff.), dass Verzicht nur dann zulässig, aber auch vollwirksam sei, wenn er nach Ablauf zweier Jahre geschehe, indem er dann offenbar unter den Begriff des *secundum consensum dare* der c. 22. *Ad S. V.* tritt. Diesen Satz nun halte ich, um dies gleich hier zu bemerken, für völlig praktisch. Ebenso die Ausnahme wegen der Mütter und Grossmütter nach c. 5. *Quando mulier etc.* und Nov. 118. c. 5., wobei ich bemerke, dass, wenn in der letzteren Stelle neben dem Verzicht auf das *auxil. Scti* auch das Versprechen, nicht zur zweiten Ehe zu schreiten, erfordert wird, ein Unterbleiben oder Zuwiderhandeln dessen auf keinen Fall dem Verzicht Eintrag thun kann. Von allen denen, welche nun aber der ersteren (verneinenden) Theorie anhängen, leugnet kein einziger die durch eine von uralten Zeiten her (von Harmenopulos an) völlig konstante Praxis anerkannte Zulässigkeit eines Verzichts, s. Glück a. a. O. S. 36 ff., Cropp a. a. O. S. 160., Puchta §. 408. a. E. und Sintenis a. a. O. S. 386. und jetzt Girtanner a. a. O. S. 364 ff. Dagegen ist über die Nothwendigkeit der einzelnen, und ob aller einzelnen, hierbei zu beobachtenden Förmlichkeiten (s. den Text) ein bisher ohne Vereinigung gebliebener Streit, s. Glück S. 40 ff. (Dass irgend einer von denjenigen, welche schon nach R. R. die Zulässigkeit des Verzichts vertheidigen, diese Förmlichkeiten, alle oder einige, für unnöthig halte, ist mir nicht bekannt, s. auch Vangerow S. 159.) Es bleibt daher nichts übrig, als die Sache so aufzufassen, wie im Text geschehen ist. Daher füge ich nur hinzu, dass die Mehrzahl der Juristen weder die eidliche Bestärkung für nöthig hält, noch dass der Verzicht gerichtlich geschehe; s. Glück S. 45 f. Dieser erklärt sich ferner mit der Mehrzahl dafür, dass bei der Entsagung der *Auth. si qua mulier*, also von Seiten der intercedirenden Ehefrauen, eidliche Bestärkung erforderlich sei, wobei aber wieder neuer Streit ist, welche Förmlichkeit dazu gehöre; Glück hält jede Formel, auch die blossen Worte: an Eids Statt, für hinreichend. Immer aber ist hier (wie überhaupt oben im Text) vorausgesetzt, dass die Int. selbst formrichtig, d. h. in einer öffentlichen Urkunde geschlossen sei, und die auch von Manchen (s. die bei Glück S. 47. [3] Gen.) gehegte Meinung, dass sogar dann, wenn die Int. in einem Privatinstrument geschehen, ein Verzicht auf die *exc. int.* ersteren gültig mache, ist ganz unrichtig, da etwas Nichtiges dadurch nicht gültig werden kann; s. auch Vangerow S. 165.

bei Anm. 12., stets vorausgesetzt worden, dass das mit der Frau eingegangene Geschäft vermöge seiner Natur, oder der Bekanntschaft des Gläubigers mit seinem Zweck schon äusserlich als Intercession hervortrete. Ist das nicht der Fall, kennt m. a. W. der Gläubiger den Bestimmungsgrund nicht, welcher das Geschäft als Intercession charakterisirt, so verbleibt demselben seine volle Wirksamkeit, ohne dass die Rechtsbegünstigung der Frauen bezüglich der Intercessionen dann den geringsten Einfluss darauf gewinnt [99]. Daran ändert auch die Kenntniss der nachherigen Verwendung des Gegenstands eines Kontrakts, z. B. eines aufgenommenen Darlehns zum Besten eines Dritten, so wenig, wie die Bekanntschaft des Gläubigers mit dem bei Kontrahirung des Geschäfts selbst vorwaltenden Zweck des Schuldners zum Besten eines Dritten nicht an sich allein das Geschäft zu einer Intercession macht. So z. B. ist, wenn eine Frau ein Darlehn aufnimmt, um es in ihres Manns Bestem zu verwenden, oder es einem Anderen zu leihen, und dem Gläubiger dieser Zweck wohlbekannt ist, dies dennoch keine Intercession; nur wenn diese Geschäftsform benutzt wäre, um eine in der That beabsichtigte Intercession zu bemänteln, würde für diesen Begriff wieder die Kenntniss des Gläubigers entscheidend werden [100]. Ist jedoch der Gläubiger nach Abschluss des Geschäfts, welches er wegen Unbekanntschaft mit dem Bestimmungsgrunde des Intercedenten nicht als Intercession erkannte, noch bei Zeiten davon unterrichtet worden, d. h. vor dessen Erfüllung von Seiten des Intercedenten und bevor noch in Folge desselben Veränderungen für ihn eingetreten sind, die sich ohne Nachtheil nicht mehr für ihn rückgängig machen lassen, so hat die ihm alsdann zu Theil werdende Kunde denselben Erfolg, wie wenn er sie von Anfang an gehabt hätte [100a].

Was vorstehend von der Wirksamkeit des Geschäfts bei Unbekanntschaft des Gläubigers mit seiner Natur als Intercession gesagt ist, ergreift natürlich um so mehr Platz, wenn die Frau sich dabei einer arglistigen Täuschung des Gläubigers schuldig gemacht [100b], namentlich wenn sie sich als wirkliche Schuldnerin gerirt hat, wissentlich, dass sie es nicht sei [100c].

[99] Fr. 4. pr. 6. 7. 11. 12. 17. pr. §. 1. fr. 27. pr. 28. §. 1. *eod.* c. 1. *h. t.* — Wenn das Obige unter den Ausnahmen von der für Intercession der Weiber geltenden Regel vorgetragen zu werden pflegt, (auch in der Weise: wenn sich der Gläubiger in einem entschuldbaren Irrthum über das Dasein einer Intercession befinde) so halte ich dies methodisch nicht für entsprechend. Es handelt sich hier um etwas Anderes, resp. um mehr, als eine Ausnahme. Vergl. übrigens oben Anm. [36].

[100] C. 13. *eod.* fr. 11. *eod.;* über die letzte Stelle, sowie über fr. 28. §. 1. und fr. 29. *eod.* s. Sintenis a. a. O. S. 61. [1] und [2].

[100a] S. Sintenis a. a. O. S. 54 f. nach fr. 19. §. 5. *eod.* s. oben Anm. [3], dem ich diesen allgemeinen Satz abgewinne. Vergl. auch Glück Komm. Bd. XV. S. 10 ff.

[100b] Fr. 2. §. 3. fr. 11. 17. §. 1. fr. 23. 30. pr. *ad Sct. Vellej.* c. 5. 18. *ej. tit.* Diese sämmtlichen Stellen setzen zugleich theils ausdrücklich, theils stillschweigend ein Nichtwissen des Gläubigers von dem eigentlichen Zusammenhang und Zweck der Betheiligung der Frau voraus. Da nun dessen Unkunde allein hinreicht, um letztere fest zu verpflichten, ohne dass *dolus* von Seiten derselben noch nöthig wäre, der Grund der Unkenntniss aber auch gleichgültig zu sein scheint, so fragt sich, ob es methodisch-doktrinell richtig sei, neben diesem Moment von allgemeinem Einfluss einer besonderen Entstehungsart seiner zu gedenken? Da nun der Irrthum nicht absolute Hülfe gewährt, sondern nur, wenn er bei gehöriger Diligenz unvermeidlich war, (s. §. 22. bei Anm. [41],) sobald er aber durch arglistige Täuschung veranlasst worden ist, der Begriff der Arglist der vorherrschende wird (s. das. III. 1.), so mögte in der That die Auffassung richtig sein, dass im Fall unentschuldbaren Irrthums des Gläubigers diesem dennoch geholfen werde, sobald er durch *dolus* der Frau zu dem Geschäft veranlasst worden ist; s. die Ausf. bei Bachofen a. a. O. S. 42 f. Windscheid im Archiv Bd. 32. S. 316 ff. Girtanner a. a. O. S. 344 f.

[100c] Fr. 23. 30. pr. *h. t.*; das in der ersten

B. Die Intercessionen der Ehefrauen für ihre Ehemänner sind ohne allen weiteren Unterschied von selbst völlig ungültig. Nur wenn und soweit der Gegenstand der Schuld, welche der Ehemann kontrahirt und für welche die Ehefrau sich verbürgt hat, in den Nutzen der letzteren verwendet worden ist, und von Anfang an dazu bestimmt war, haftet sie aus der Intercession wie aus einer Verpflichtung in eigener Sache, indem jene dies in der That ist; für diesen Fall bedarf es natürlich auch nicht der sonst, um Intercessionen der Frauen nicht von vornherein als ungültig erscheinen zu lassen, vorgeschriebenen Form einer öffentlichen Urkunde. Gemeinschaftlich von Eheleuten ausgestellte Schuldverschreibungen sind nicht als Intercessionen der Ehefrau für den Ehemann rücksichtlich des Schuldantheils der ersteren zu betrachten, es sei denn, dass unter einer solchen Gestalt ein wirklich nur dem Mann zum Besten gekommenes Geschäft mit Vorwissen und Theilnahme des Gläubigers verschleiert worden wäre. Haben sich hingegen beide solidarisch für die Schuld verpflichtet, so liegt darin allerdings eine ungültige Intercession der Ehefrau für die Hälfte des Ehemanns, wogegen dann wieder die vorgedachte Ausnahme in Frage kommen würde [101].

Stelle enthaltene Beispiel hat freilich geringen Anspruch auf praktischen Werth, s. Anm. [34], doch steht seiner allgemeinen Beziehung nichts entgegen. Von einer solchen verstehe ich jetzt auch die zweite Stelle (*vel cum = velut cum*), die Gegenstand mehrfacher Interpretationsversuche gewesen ist. Dass die blosse Bekanntschaft mit dem *Sct. Vellejan.* (und das Beziehen der Worte: *vel cum sciret*, *se non teneri*, auf dieses,) nicht als hinreichend gemeint sein könne, darüber war man schon länger einig, s. Glück Komm. Bd. XV. S. 2 f. *Windscheid l. l.* p. 24. Wie letzterer, nahm ich früher an, dass die betrügliche Absicht daneben in dem schon bei dem Abschluss des Geschäfts vorwaltendem Vorsatz beruhe, von der *exc.* Gebrauch machen zu wollen. Er hat diese Ansicht später fallen lassen, Arch. Bd. 32. S. 342. und die beabsichtigte Täuschung als Motiv der Entscheidung in den Vordergrund gestellt, „ganz gleich aber soll es sein, wenn die Frau einen in diesem Irrthum befindlichen Gläubiger, obgleich sie ihr Privilegium kennt, darin belässt". Auch Girtanner a. a. O. S. 345. erklärt fr. 30. von den beiden Fällen, sowohl, wenn die Frau den Irrthum durch *dolus* hervorrief, als wenn sie ihn wissentlich hat bestehen lassen; dagegen versteht er die *scientia* als Wegfallsgrund der *exc. Scti* nicht von diesem Privilegium der Frau, sondern davon, dass dieselbe gar nicht wirklich verpflichtet sei; also von einem Fall, wie fr. 23. *d.*, dies in Uebereinstimmung mit Bachofen a. a. O. S. 43. Auch ich halte diese Beziehung für richtig, und Windscheid's Entgegnung (a. a. O. S. 319. Anm. [49]) für gar nicht treffend. Ob übrigens die Stelle die beiden Fälle als geschiedene erwähne, (dann *vel* = oder) oder der Satz *vel cum etc.* nur als Beispiel, und zur Erläuterung des *animus decipiendi* dienen soll, ist einerlei, als mitbegriffen betrachte ich einen Fall der zweiten Art nicht minder. Gemeint ist m. E. dabei aber ein solcher Fall, wo die Frau wissentlich, dass nicht sie, sondern ein Anderer dem Gläubiger hafte, sich diesem dolos an Stelle des letzteren darstellt und mit ihm so verhandelt, dass, wenn jener nicht in der Täuschung befangen wäre, darin eine (für die Frau als solche ungültige) Intercession geschehen sein würde, — wobei sich mannigfaltige Gestaltungen von Geschäften denken lassen.

[101] Ueber die Int. der Ehefrauen für ihre Männer waren die ältesten römischen Bestimmungen den ersteren noch günstiger, als das *Sct. Vellej.*, s. fr. 2. pr. *Ad Sct. Vell.* Die hierin erwähnte Bestimmung wird allgemein als in die des Sct. aufgegangen angesehen, und mit Recht, s. Sintenis a. a. O. S. 374 ff., namentlich auch gegen eine andere vereinzelte Ansicht, dass diese Int. verboten, also null und nichtig gewesen, und dieses Verbot neben dem Sct. bestanden habe. Daneben wurde anerkannt, dass, in sofern in der Int. eine Schenkung liege, diese nichtig sei; fr. 5. §. 4. *de Donation. inter vir.* Eine radikale Aenderung in dieser Lehre ordnete Nov. 134. c. 8. die *Auth. Si qua mulier ad Tit. C. de Scto Vell.* an, indem all' und jede Int. der Ehefrauen, gleichviel unter welchen Umständen und Formen sie geschehen, für null und nichtig erklärt wurde, ausgenommen in dem einzigen Fall — *nisi ma-*

Diese Vorschrift tritt dann ausser Anwendung, wenn die Intercession eidlich bestärkt worden ist [102].

nifeste probetur, pecuniam in utilitatem ipsius mulieris versam esse, womit denn also der oben im Text unter I. aufgeführte Fall der Uebernahme fremder Schuld im eigenen Interesse der Intercedentin als ausgenommen erscheint (vergl. auch a. Nr. 1,), und wobei verstanden werden muss, dass diese Verwendung von Anfang an beabsichtigt war, nicht erst hinterher geschah. Die ausdrückliche Hervorhebung dieser einzigen Ausnahme nöthigt zu dem Schluss, dass jede andere sonst bei Int. der Frauen statthafte hier absolut ausgeschlossen ist, also auch nicht die *animo donandi* geschehene Int., obwohl diese auch schon als Schenkungen verboten sind, was jedoch wegen Möglichkeit der Konvalescenz nicht ganz auf Eins hinauskommt. Andere, nicht auf Int. zurückzuführende Obl.-Gründe der Frau, z. B. *dolus*, binden sie natürlich. Vergl. Sintenis a. a. O. S. 385 ff., womit übereinstimmt Vangerow a. a. O. S. 167 ff. Vergl. jetzt auch Girtanner a. a. O. S. 358 ff. — Diese Novellenstelle hat denn zu der bekannten, neuerlich immer noch diskutirten Frage Veranlassung gegeben, ob, wenn Eheleute zusammen einen Schuldschein ausgestellt haben, sie auch darauf anzuwenden, also m. a. W. darin eine Int. der Frau für den Mann als geschehen anzuerkennen sei? Sie ist ganz bestimmt zu verneinen, s. Sintenis a. a. O. S. 381. und Vangerow S. 168 f. und jetzt auch Busch im Arch. Bd. 31. S. 25. In der Novelle ist von diesem Fall gar nicht die Rede, er ist daher nach den gewöhnlichen Regeln zu beurtheilen; vergl. auch fr. 17. §. 2. *Ad S. V.* — Wegen Anwendung dieser Vorschriften auf Eheleute, die in allgemeiner Gütergemeinschaft leben, s. Glück Bd. XV. S. 34 ff.

102 S. §. 99. I. 4). Ein Verzicht also auf die *Auth. si qua mulier* findet eigentlich nicht Statt; eine eidliche Entsagung, welche deshalb in der Praxis gewöhnlich ist, lässt sich in sofern rechtfertigen, als darin zugleich eine eidliche Int. enthalten ist. — Wittwen, die für Schulden ihrer Männer intercediren, können sich nicht auf die *Auth.* berufen, allerdings aber ist darin eine gewöhnliche Int. einer Frau enthalten, s. Glück a. a. O. S. 49 ff., dort auch über die von Vielen vertheidigte aber unrichtige Ansicht, dass die Wiederholung der Int. von Seiten einer Wittwe, die sie schon bei Lebzeiten des Manns geleistet, diese vollgültig machen könne. Auch dawider steht ihr immer noch die *exc. intercess. ex Scto* zu, wäre die neuere Int. auch nach c. 23. *Ad S. V.* formrichtig geschehen.

OFFICIN DER VERLAGSHANDLUNG.

Bayerische StaatsBibliothek
Münchener DigitalisierungsZentrum Digitale Bibliothek

Sintenis, Carl Friedrich Ferdinand,

Das practische gemeine Civilrecht

Bd.: 2

Leipzig 1861

J.rom.c. 300 da-2
urn:nbn:de:bvb:12-bsb10565964-4